

Teilrechtskraft
und Rechtsmittelbeschränkung
im Strafprozeß

Wolfgang Eberhard Mezger

1959 №55

Teilrechtskraft
und Rechtsmittelbeschränkung
im Strafprozeß

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von
Wolfgang Eberhard Mezger
aus
Ulm/Donau

Approbiert am: 20. 2. 1958



Referent : Professor Dr. Hans-Jürgen Bruns

Dekan : Professor Dr. Hans Spanner

Meinen Eltern
in Dankbarkeit

Die vorliegende Arbeit verdanke ich einer
Anregung von Herrn Prof. Dr. Hans-Jürgen Bruns.
Seine nützlichen Hinweise und sein wohlwollender
Ratschlag waren mir eine wertvolle Unterstützung.
Es sei mir erlaubt, ihm an dieser Stelle meinen
Dank abzustatten.

Ergänzend darf noch darauf verwiesen werden, daß
Rechtsprechung und Schrifttum - von vereinzelten
Nachträgen in den Fußnoten abgesehen - nur bis
etwa September 1957 berücksichtigt werden konnten.

INHALTSVERZEICHNIS

	<u>Seite</u>
Literaturverzeichnis	XI
<u>Einleitung</u>	1
I. Begriff und Wesen der Teilrechtskraft	3
II. Die Entstehung der Teilrechtskraft	4
1. Die teilweise Anfechtung eines Urteils	4
2. Teilaufhebung eines Urteils durch das Revisionsgericht	9
3. Die Folgen einer Abtrennung	10
III. Allgemeine Vorbetrachtungen zur Abgrenzung des Problems - Versuche in Rechtsprechung und Literatur, die Trennbarkeit durch eine allgemeine Formel zu bestimmen	11
IV. Die Trennung bei mehreren Tätern	16
V. Die Trennung bei mehreren Taten	18
1. Allgemein	18
2. Trennbarkeit bei Vorliegen einer Gesamtstrafe - Abtrennung von Einzelstrafen - Abtrennung einer Gesamtstrafe als solcher	22
<u>Erster Hauptteil</u>	
Die Trennbarkeit der drei Haupturteilsbestandteile, insbesondere die Abtrennung der Straffrage	27
I. Allgemeines	27
II. Die grundsätzliche Trennbarkeit der Straffrage	31
1. Rechtfertigung dieser Trennbarkeit	31
2. Bemühungen des Schrifttums, die ungünstigen Folgen dieser Trennbarkeit durch Herausarbeitung gewisser Ausnahmen aufzulockern - v. Hippel - Cochems - Eb. Schmidt - Meister - Peters - Spendel - kurze Vorbetrachtung zum eigenen Lösungsversuch	39
III. Ausnahmen vom Grundsatz der Trennbarkeit der Straffrage	45

	<u>Seite</u>
1. § 2 Abs. 2 StGB als einzige mögliche Ausnahme vom Grundsatz der Trennbarkeit	46
2. Macht eine vom Gesetz absolut bestimmte Strafe die Rechtsmittelbeschränkung unwirksam?	47
IV. Die Durchbrechung der Teilrechtskraft	55
1. Die Durchbrechung wegen fehlender Verfahrensvoraussetzungen oder vorhandener Verfahrenshindernisse	55
2. Die Durchbrechung um der Gerechtigkeit willen - bei Bestrafung aus einem nicht vorhandenen Strafgesetz oder wenn der Angeklagte überhaupt nicht Täter ist	63
3. Die Grenzen der Durchbrechung - auch eine später entdeckte Zurechnungsunfähigkeit gestattet keine Überprüfung des Schuldspruchs	69
 <u>Zweiter Hauptteil</u>	
Die Trennbarkeit innerhalb der Schuldfrage	74
I. Die Bestandteile der Schuldfrage	74
1. Die Abtrennung von Tat- und Rechtsfrage	75
2. Die Trennbarkeit innerhalb von Tat- und Rechtsfrage	77
3. Zusammenfassung	81
II. Die Trennbarkeit bei Deliktshäufung	81
1. Bei Idealkonkurrenz	81
2. Bei falscher Entscheidung der Konkurrenzfrage	83
3. Zusammenfassung	86
 <u>Dritter Hauptteil</u>	
Die Trennung innerhalb der Straffrage	87
A. Die Abtrennung einer Hauptstrafe	88
I. Die Abtrennung mehrerer Hauptstrafen voneinander	88
1. Allgemeines	88
2. Abtrennung bei gegenseitiger Beeinflussung zweier Hauptstrafen	89
3. Abtrennung bei Fehlerhaftigkeit einer von mehreren Hauptstrafen	90

II.	Die Abtrennung einer Hauptstrafe von Nebenstrafen, Sicherungsmaßregeln und sonstigen Unrechtsfolgen	91
B.	Die Abtrennung der Nebenstrafen	91
I.	Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte	92
	1. Die Abtrennung der Nebenstrafe	93
	2. Die alleinige Abtrennung der Hauptstrafe	98
II.	Die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter	100
III.	Die Einziehung	100
	1. Die Einziehung als Sicherungsmaßnahme	102
	2. Die Einziehung als Nebenstrafe	104
	3. Die Abtrennung der Strafe gegenüber der Einziehung	104
IV.	Die Verfallerklärung	105
V.	Die Wertersatzstrafe	106

Vierter Hauptteil

	Die Trennbarkeit von Maßregeln der Sicherung und Besserung	108
I.	Die Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt	109
	1. Die Unterbringung auf der Grundlage des § 51 Abs. 1 StGB	109
	2. Die Unterbringung auf der Grundlage des § 51 Abs. 2 StGB	114
	a) Die Abtrennung gegenüber der Schuldfrage	115
	b) Die Abtrennung gegenüber der erkannten Strafe	116
II.	Die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt	118
III.	Die Unterbringung in einem Arbeitshaus	118
	1. Die Abtrennung gegenüber der Schuldfrage	119
	2. Die Abtrennung gegenüber der Strafzumessung	121
IV.	Die Sicherungsverwahrung	123
	1. Die Abtrennung gegenüber der Schuldfrage	125
	2. Die Abtrennung gegenüber der Strafzumessung	128
	3. Die Abtrennung der Strafe unter Ausklammerung der Sicherungsverwahrung	140

	<u>Seite</u>
V. Die Untersagung der Berufs- oder Gewerbeausübung	141
1. Die Trennbarkeit gegenüber der Schuldfrage	142
2. Die Trennbarkeit gegenüber der Straffrage	143
VI. Die Entziehung der Fahrerlaubnis	146
1. Die Trennbarkeit gegenüber der Schuldfrage	148
2. Die Trennbarkeit gegenüber der Strafzumessung	155
3. Die Abtrennung des Strafausspruchs gegenüber der Fahrerlaubnisentziehung	158
VII. Die sonstigen Sicherungsmaßregeln	163
1. Die Unbrauchbarmachung	163
2. Die Polizeiaufsicht	165
3. Die Eidesunfähigkeit	167
<u>Fünfter Hauptteil</u>	
Sonstige zur Straffrage gehörige Teile	169
I. Die Anrechnung der Untersuchungshaft	170
1. Die Abtrennung von der Schuldfrage	170
2. Das Verhältnis von Strafzumessung und Anrechnung der Untersuchungshaft	170
3. Die Abtrennung von der Strafzumessung - bei Teilan- fechtung - bei Teilaufhebung	173
4. Zusammenfassung	178
II. Die Strafaussetzung zur Bewährung	178
1. Die Abtrennung von der Schuldfrage	178
2. Das Verhältnis von Strafzumessung und Strafaussetzung zur Bewährung	179
3. Die Abtrennung von der Strafzumessung	181
4. Ausnahmen	182
5. Die Abtrennung der Strafzumessung unter Ausklamme- rung der Strafaussetzung zur Bewährung	183
6. Auflagen	183
III. Die Ersatzgeldstrafe	184
IV. Die Ersatzfreiheitsstrafe	190

	<u>Seite</u>
V. Die Abtrennung von Nebenfolgen	191
1. Die Abführung eines Mehrerlöses	191
2. Die Urteilsbekanntmachung	193
3. Die Buße	196
 <u>Sechster Hauptteil</u>	
Die praktische Durchführung der beschränkten Nachprüfung	198
I. Bindung an die Feststellungen des nicht angegriffenen Urteilsteils	198
II. Verhältnis zwischen den Feststellungen zum angegriffenen und zum nicht angegriffenen Entscheidungsteil	200
1. Ein Widerspruch zwischen Feststellungen zum angegriffenen und zum nicht angegriffenen Entscheidungsteil ist nicht zulässig	201
2. Die doppelrelevanten Tatsachen	205
3. Zusammenfassung	207
Schlußbetrachtung	208
Lebenslauf	211

LITERATURVERZEICHNIS

- Ackermann Die Anrechnung der Untersuchungshaft.
Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 1950 S. 367.
Zitiert: Ackermann.
- Bauer Die Wiederaufnahme teilweise abgeschlossener
Verfahren.
Juristenzeitung Jg. 1952, S. 209.
Zitiert: Bauer.
- Beling Deutsches Strafprozeßrecht. Lehrbuch.
Berlin und Leipzig, 1928.
Zitiert: Beling Lehrb.
- Beling Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts vom
6.10.1902 bis 19.4.1912
(Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts Bd. 4-61)
auf dem Gebiete des Strafprozeßrechts.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,
Bd. 38, S. 637 u. 797 Nr. 23 Teilung der Rechts-
mittel I und II.

Zitiert: Beling in ZStrW 38.
- Beling Beschränkung eines Rechtsmittels auf die Straffrage.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,
Bd. 24 S. 273 Nr. 31.

Zitiert: Beling in ZStrW 24.
- Beling Der nicht mitangefochtene und der teilweise ange-
fochtene Schuldspruch.
Goltdammers Archiv Bd. 63 S. 163.
Zitiert: Beling in GA 63.
- Bennecke Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts.
Breslau, 1895.
Zitiert: Bennecke

- Bennecke-Beling Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts.
Breslau, 1900.
Zitiert: Bennecke-Beling.
- Binding Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts.
5. Auflage, Leipzig 1904.
Zitiert: Binding.
- Birkmeyer Deutsches Strafprozeßrecht. Lehrbuch.
Berlin, 1898.
Zitiert: Birkmeyer.
- Bockelmann Studien zum Täterstrafrecht. 2. Teil.
In der Reihe "Abhandlungen des Kriminalisti-
schen Instituts der Universität Berlin", 4. Folge,
4. Band, 5. Heft. Berlin, 1940.
Zitiert: Bockelmann.
- v. Bomhard-Koller Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich
vom 1. 2. 1877 nebst dem Einführungsgesetz.
Kommentar.
Nördlingen, 1879.
Zitiert: v. Bomhard-Koller.
- Brandstetter Straffreiheitsgesetz 1954.
Kommentar.
Berlin, 1954.
Zitiert: Brandstetter.
- Bruns Die Entziehung der Fahrerlaubnis.
Goltdammers Archiv, Jg. 1954, S. 161.
Zitiert: Bruns in GA 1954.
- Bruns Die Strafaussetzung zur Bewährung.
Goltdammers Archiv, Jg. 1956, S. 193.
Zitiert: Bruns in GA 1956.
- Cochems Die Beschränkung der Berufung auf das Strafmaß.
Deutsche Justiz, Jg. 1942, S. 437.
Zitiert: Cochems.
- Dalcke
(Fuhrmann-Schäfer) Strafrecht und Strafverfahrensrecht. Kommentar.
36. Auflage. Berlin, 1955.
Zitiert: Dalcke.

- Dallinger Gerichtsverfassung und Strafverfahren.
Juristenzeitung Jg. 1953, S. 432.
Zitiert: Dallinger.
- Dallinger-Lackner Jugendgerichtsgesetz. Kommentar.
München und Berlin, 1955.
Zitiert: Dallinger-Lackner.
- Daude Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich
vom 1.2.1877 und das Gerichtsverfassungsgesetz
vom 27.1.1877/17.5.1898/5.6.1905.
Kommentar.
Berlin, 1908.
Zitiert: Daude.
- Doerr Strafprozeßordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz
und anderen ergänzenden Gesetzen.
Kommentar. 10. Auflage.
München, 1927.
Zitiert: Doerr.
- Graf zu Dohna Das Strafprozeßrecht. Lehrbuch.
Berlin, 1929.
Zitiert: Graf Dohna.
- Dorendorf Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom
1.2.1877. Kommentar.
Breslau, 1881.
Zitiert: Dorendorf.
- Dreher-Maassen Strafgesetzbuch. Kommentar.
2. Auflage, München 1956.
Zitiert: Dreher-Maassen.
- Drost-Erbs Kommentar zum Wirtschaftsstrafgesetz.
Frankfurt/Main, 1949.
Zitiert: Drost-Erbs.
- Eckels Strafaussetzung zur Bewährung bei Gesamtstrafen-
bildung.
Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 1954, S. 1672.
Zitiert: Eckels.

- Eckstein Studien zur Lehre von den Rechtsmitteln.
Der Gerichtssaal, Bd. 84, S. 345.
Zitiert: Eckstein.
- Engisch Einführung in das juristische Denken.
In der wissenschaftlichen Taschenbuchreihe der
Urbanbücher.
Stuttgart, 1956.
Zitiert: Engisch.
- Erbs Handkommentar zur Strafprozeßordnung.
Frankfurt/Main, 1950.
Zitiert: Erbs, Komm. z. StPO.
- Erbs Strafrechtliche Nebengesetze. Kommentar.
München, 1953.
Zitiert: Erbs, Komm. z. strafrechtl. Nebengesetzen.
- Esser Die Ehrenstrafe.
Stuttgart, 1956.
Zitiert: Esser.
- Feigenspan Sammlung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften.
Kommentar.
Stuttgart, 1948.
Zitiert: Feigenspan.
- Floegel-Hartung Straßenverkehrsrecht. Kommentar.
9. Auflage. München-Berlin, 1954.
Zitiert: Floegel-Hartung.
- Frey Ausbau des Strafsystems?
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,
Bd. 65, S. 3.
Zitiert: Frey.
- Gage-Sarstedt Die Revision in Strafsachen.
3. Auflage. Essen, 1954.
Zitiert: Gage-Sarstedt.
- Gerland Der Deutsche Strafprozeß. Lehrbuch.
Mannheim/Berlin/Leipzig, 1927.
Zitiert: Gerland, Lehrb.

- Gerland Dogmatische Beiträge zur Auslegung der Militärstraßgerichtsordnung im Anschluß an die Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
Der Gerichtssaal, Bd. 69, S. 194.
Zitiert: Gerland in GS 69.
- Gerland Die Sicherungsverwahrung des § 42 e StGB und ihre Voraussetzungen.
Jena, 1935.
Zitiert: Gerland, Sicherungsverwahrung.
- Geyer Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts.
Leipzig, 1880.
Zitiert: Geyer.
- Guelde Die Entziehung der Fahrerlaubnis.
Berlin, 1955.
Zitiert: Guelde.
- Haase Die Revisionserstreckung (Rechtsfragen des § 357 StPO).
Golddammers Archiv, Jg. 1956, S. 273.
Zitiert: Haase.
- Hartung Die Entziehung der Erlaubnis zum Fahren von Kraftfahrzeugen als gerichtliche Maßnahme der Sicherung und Besserung.
Deutsche Richterzeitung, Jg. 1953, S. 120.
Zitiert: Hartung in DRiZ 1953.
- Hartung Die Entziehung der Fahrerlaubnis als "Nebenstrafe".
Deutsche Richterzeitung, Jg. 1954, S. 28.
Zitiert: Hartung in DRiZ 1954.
- Heinitz Der Ausbau des Strafensystems.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 65, S. 26.
Zitiert: Heinitz.
- Heinsheimer Inwiefern wird die Einheitlichkeit eines Kollektivdelikts durch dazwischenliegende Strafentscheidungen unterbrochen?
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 20 S. 564. Zitiert: Heinsheimer.

- Hellmer Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der Schlechterstellung.
Juristenzeitung Jg. 1956 S. 714.
Zitiert: Hellmer in JZ 1956.
- Hellmer Ist die Wiedergutmachung des Schadens Voraussetzung der Strafaussetzung?
Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 1956 S. 979.
Zitiert: Hellmer in NJW 1956.
- Hempding Es ist wegen zweier Vergehen Verurteilung zu einer Gesamtstrafe ergangen, und der Verurteilte richtet das eingelegte Rechtsmittel nur gegen die Verurteilung wegen des zweiten Vergehens und gegen die Gesamtstrafe insoweit, als sie die für das erste Vergehen arbitrierte Einzelstrafe überschreitet.
Goltdammers Archiv, Bd. 34, S. 108.
Zitiert: Hempding.
- Henkel Strafverfahrensrecht. Lehrbuch.
Stuttgart und Köln, 1953.
Zitiert: Henkel.
- Hennke Aus der Rechtsprechung zu § 23 StGB.
Deutsche Richterzeitung, Jg. 1955, S. 3.
Zitiert: Hennke in DRiZ 1955.
- Hennke Rechtsmittelbeschränkung bei Anordnung der Sicherungsverwahrung.
Goltdammers Archiv Jg. 1956, S. 41.
Zitiert: Hennke in GA 1956.
- Henrichs Freispruch und Menschenwürde.
Monatsschrift für Deutsches Recht, Jg. 1956, S. 196.
Zitiert: Henrichs.
- Heslenfeld Die Beschränkung der Berufung in Strafsachen auf bestimmte Beschwerdepunkte.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, Bd. 12 (Jg. 1916), S. 305.
Zitiert: Heslenfeld.

- v. Hippel Der Deutsche Strafprozeß. Lehrbuch.
Marburg, 1941.
Zitiert: v. Hippel.
- Jagusch Über die Strafaussetzung zur Bewährung.
Juristenzeitung, Jg. 1953, S. 688.
Zitiert: Jagusch.
- Isenbart-Samter Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich
nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz und den Ein-
führungsgesetzen.
Kommentar.
Berlin, 1893.
Zitiert: Isenbart-Samter.
- Katz Das Verhältnis der Einzelstrafe zur Gesamtstrafe.
Der Gerichtssaal, Bd. 36, S. 576.
Zitiert: Katz.
- Keller Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich .
nebst Einführungsgesetz.
Kommentar.
2. Auflage, Lahr, 1882.
Zitiert: Keller.
- Kern Strafverfahrensrecht. Kurzlehrbuch.
4. Auflage, München, 1956.
Zitiert: Kern, Kurzlehrb.
- Kern Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des 3. Straf-
rechtsänderungsgesetzes.
Goltdammers Archiv, Jg. 1953, S. 44.
Zitiert: Kern in GA 1953.
- Kleinknecht-Müller-Reitberger Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum
Gerichtsverfassungsgesetz.
3. Auflage, Darmstadt-Nürnberg-Düsseldorf-
Berlin, 1954.
Zitiert: KMR.
- Kohlrausch-Lange Strafgesetzbuch. Kommentar.
41. Auflage. Berlin, 1956.
Zitiert: Kohlrausch-Lange.

- v. Kries Die Rechtsmittel des Civilprozesses und des Strafprozesses.
Breslau, 1880.
Zitiert: v. Kries, Rechtsmittel.
- v. Kries Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts.
Freiburg i. Br., 1892.
Zitiert: v. Kries, Lehrb.
- Lackner Die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung.
Juristenzeitung Jg. 1953, S. 428.
Zitiert: Lackner in JZ 1953.
- Lackner Der Strafrechtsteil des Gesetzes zur Sicherung des Straßenverkehrs.
Monatsschrift für Deutsches Recht, Jg. 1953, S. 73.
Zitiert: Lackner in MDR 1953.
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch.
6./7. Auflage, Berlin 1954.
Zitiert: Leipz. Komm.
- Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz.
Kommentar. 20. Auflage, Berlin, 1953/56.
Zitiert: Löwe-Rosenberg.
- Löwenstein Die Revision in Strafsachen.
2. Auflage, Berlin 1919.
Zitiert: Löwenstein.
- Lüdicke Einziehung, Mehrerlös und Amnestie?
Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 1950, S. 534.
Zitiert: Lüdicke.
- Maassen Die strafrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes zur Sicherung des Straßenverkehrs.
Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 1953, S. 201.
Zitiert: Maassen in NJW 1953.

- Maassen Erste Zweifelsfragen zum Strafrechtsbereinigungsgesetz.
Monatsschrift für Deutsches Recht, Jg. 1954, S. 1.
Zitiert: Maassen in MDR 1954.
- Maurach Deutsches Strafrecht. Lehrbuch.
Allgemeiner Teil.
Karlsruhe, 1954.
Zitiert: Maurach, Lehrb. Allg. Teil.
- Mayer Strafrecht. Lehrbuch.
Stuttgart, 1953.
Zitiert: Mayer.
- Meister Einbruch in die teilweise Rechtskraft von Strafurteilen.
Monatsschrift für Deutsches Recht.
Jg. 1950, Seite 712.
Zitiert: Meister.
- Merkel Strafprozeß- und Strafvollzugsrecht. Grundriß.
Berlin-Wien, 1931.
Zitiert: Merkel.
- Meves Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 1. 2. 1877.
Breslau, 1882.
Zitiert: Meves.
- Meyer Über die Beschränkung der Berufung auf den Strafausspruch.
Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung Bd. 67 S. 128.
Zitiert: Meyer.
- Mezger Strafrecht. Lehrbuch.
Berlin und München, 1949.
Zitiert: Mezger, Lehrb.
- Mezger Strafrecht. Allgemeiner Teil.
Kurzlehrbuch. 4. Auflage, München-Berlin.
Zitiert: Mezger, Kurzlehrbuch.

- Mittelbach Die Strafaussetzung zur Bewährung durch den Richter.
Juristische Rundschau, Jg. 1955, S. 5.
Zitiert: Mittelbach.
- Müller Straßenverkehrsrecht. Kommentar.
20. Auflage, Berlin, 1957.
Zitiert: Müller.
- Niederreuther Umfang der Urteilsfindung in der Berufungsinstanz, insbesondere bei einer teilweisen Anfechtung des erstrichterlichen Urteils.
Juristische Wochenschrift, Jg. 1934, S. 2433.
Zitiert: Niederreuther in JW 1934.
- Niederreuther Die Anrechnung erlittener Untersuchungshaft.
Deutsche Justiz, Jg. 1940, S. 611.
Zitiert: Niederreuther in DJ 1940.
- Niethammer Zur Beschränkung des Rechtsmittels auf die Straffestsetzung.
Juristische Rundschau, Jg. 1935, Bd. I, S. 121.
Zitiert: Niethammer.
- Oetker Besprechung des Grundrisses über das Strafprozeßrecht von Binding, 5. Auflage.
Der Gerichtssaal, Bd. 65, S. 431.
Zitiert: Oetker.
- Olshausen Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
12. Auflage, Berlin 1942.
Zitiert: Olshausen.
- Peters Strafprozeß. Lehrbuch.
Karlsruhe, 1952.
Zitiert: Peters.
- v. Rintelen Der Strafprozeß. Lehrbuch.
Berlin, 1891.
Zitiert: v. Rintelen.
- Rödding Rechtsmittelbeschränkung in Verkehrsstrafsachen.
Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 1956, S. 1342.
Zitiert: Rödding.

- Rosenfeld Der Reichsstraßprozeß. Lehrbuch.
4./5. Auflage, Berlin 1912.
Zitiert: Rosenfeld.
- Sauer Allgemeine Strafrechtslehre. Lehrbuch.
3. Auflage. Berlin, 1955.
Zitiert: Sauer.
- Schlayer Die Beschwerdepunkte bei der Berufung und ihre
Bedeutung für den Umfang des richterlichen Prü-
fungsrechts nach der StPO und MStGO nebst Vor-
schlägen zu einer anderweitigen gesetzlichen Rege-
lung des Rechtsmittelsystems.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,
Bd. 23, S. 702.
Zitiert: Schlayer.
- Eb. Schmidt Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung.
Göttingen, 1952-1956.
Zitiert: Eb. Schmidt, Lehrkomm.
- Eb. Schmidt Eröffnungsansprache auf der Tagung der Arbeits-
gemeinschaft zur Reform des Strafvollzuges in
Wolfenbüttel am 5.4.1951.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,
Bd. 64, S. 1.
Zitiert: Eb. Schmidt in ZStrW 64.
- Schmidt-Leichner Alkohol und Kraftfahrer, insbesondere die Entzie-
hung der Fahrerlaubnis.
Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 1953, S. 1849.
Zitiert: Schmidt-Leichner.
- Schneidler Die Beschränkung der Rechtsmittel im Strafprozeß
auf bestimmte Beschwerdepunkte.
Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und
Verwaltung, Jg. 2 (1909), S. 81.
Zitiert: Schneidler.
- Schönke-Schröder Strafgesetzbuch. Kommentar.
7. Auflage, München-Berlin, 1954.
Zitiert: Schönke-Schröder.

- Schwarz Strafgesetzbuch. Kurzkomm. 19. Auflage. München-Berlin, 1956.
Zitiert: Schwarz, Komm. z. StGB.
- Schwarz Strafprozeßordnung. Kurzkomm. 19. Auflage. München-Berlin, 1956.
Zitiert: Schwarz, Komm. z. StPO.
- v. Schwarze Kommentar zur Deutschen Strafprozeßordnung und den auf dieselbe bezüglichen Bestimmungen des GVG.
Leipzig, 1878.
Zitiert: v. Schwarze, Comm.
- v. Schwarze
(v. Holtzendorff) Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts.
Zweiter Band (bearbeitet von Schwarze).
Berlin, 1879.
Zitiert: v. Schwarze in HH.
- Seibert Zur Anrechnung der Untersuchungshaft.
Deutsche Richterzeitung, Jg. 1955, S. 288.
Zitiert: Seibert.
- Spendel Materiellrechtliche Straffrage und strafprozessuale Teilrechtskraft.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 67, S. 556.
Zitiert: Spendel.
- Stenglein Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts.
Stuttgart, 1887.
Zitiert: Stenglein, Lehrb.
- Stenglein Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 1. 2. 1877 nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. 1. 1877 und den Einführungsgesetzen zu beiden Gesetzen.
3. Auflage. München, 1898.
Zitiert: Stenglein, Komm.
- Stenglein Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen.
5. Auflage. Berlin, 1928.
Zitiert: Stenglein, Komm. z. d. strafr. Nebengesetzen.

- Ullmann Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts.
München, 1893.
Zitiert: Ullmann.
- Voitus Kommentar zur Strafprozeßordnung für das
Deutsche Reich und den dieselbe ergänzenden
Vorschriften des GVG.
Berlin, 1877.
Zitiert: Voitus.
- Weber § 51 StGB. Das Verhältnis von Abs. 1 zu Abs. 2.
Juristische Wochenschrift, Jg. 1934, S. 2885.
Zitiert: Weber.
- Weigelt Streiflichter.
Deutsches Autorecht, Jg. 1956, S. 72.
Zitiert: Weigelt.
- Wimmer Die ändernde Sachentscheidung des Revisions-
gerichts in Strafsachen.
Monatsschrift für Deutsches Recht, Jg. 1948, S. 69.
Zitiert: Wimmer in MDR 1948.
- Wimmer Der nach § 4 Preisstrafrechtsverordnung abzufüh-
rende Mehrerlös.
Monatsschrift für Deutsches Recht, Jg. 1947,
S. 248.
Zitiert: Wimmer in MDR 1947.
- Winnefeld Die Berechnung des Mehrerlöses beim Ketten-
handel. Monatsschrift für Deutsches Recht,
Jg. 1947, S. 147.
Zitiert: Winnefeld.
- Württemberg Die Anrechnung der Untersuchungshaft.
Juristenzeitung, Jg. 1952, S. 545.
Zitiert: Württemberg.
- Wurzer Die Untrennbarkeit der Schuldfrage von der
Straffrage.
Juristische Wochenschrift, Jg. 1924, S. 1674.
Zitiert: Wurzer.

Zitzlaff

Die Beschränkung des Rechtsmittels der Berufung
auf den Strafausspruch.

Der Gerichtssaal, Bd. 88, S. 403.

Zitiert: Zitzlaff.

EINLEITUNG

Überblickt man die Geschichte des deutschen Strafprozeßrechts seit dem Erlaß der Strafprozeßordnung am 1. Februar 1877 an Hand von Literatur und Rechtsprechung, so tritt dem Betrachter unter den zahllosen Problemen eines entgegen, das in all den Jahren nie seine endgültige Klärung gefunden hat; nämlich das Problem der Teilrechtskraft. Wohl ergaben sich immer wieder Atempausen im Streit der Meinungen, wohl verlagerten sich die Schwerpunkte der Diskussion bald auf dieses, bald auf jenes Einzelproblem im Rahmen des Gesamtkomplexes; doch die Fortentwicklung des materiellen Strafrechts häufte stets neuen Zündstoff an, der die Debatten um die Teilrechtskraft ständig neu entfachte und sie nie zur Ruhe kommen ließ. Die tieferen Ursachen hierfür sind jedoch nicht allein in der Weiterentwicklung des Rechts zu suchen, sondern auch in der Teilrechtskraft selbst. Sie liegen einmal darin begründet, daß das Institut der Teilrechtskraft den Grundsatz der Unteilbarkeit des Prozeßgegenstandes durchbricht; zum andern darin, daß die Teilrechtskraft keine gesetzliche Regelung gefunden hat. Ist sie doch das Produkt aus der Rechtskraft schlechthin in Verbindung mit den Vorschriften der Strafprozeßordnung über die beschränkte Einlegung von Rechtsmitteln gegen gerichtliche Entscheidungen. Und zum dritten fußt ihre ständige Problematik darauf, daß sie eine der Zonen darstellt, in der sich zwei Eckpfeiler des Strafverfahrensrechts berühren und oft feindlich gegenüberstehen; nämlich auf der einen Seite das festgefügte Gebäude der Rechtssicherheit und auf der anderen das Streben nach möglichst vollständiger Erforschung der materiellen Wahrheit. Spengel (1) spricht hier mit Recht von einem "Knotenpunkt", in dem "materielle Gerechtigkeit und formelle Rechtssicherheit nicht selten in einem kaum noch aufhebbaren Spannungsverhältnis stehen".

1) ZStrW Bd. 67 S. 556.

I. BEGRIFF UND WESEN DER TEILRECHTSKRAFT

Um einen allgemeinen Ausgangspunkt für die späteren Untersuchungen zu finden, erscheint es zunächst notwendig, Wesen und Begriff der Teilrechtskraft zu bestimmen. Da das Gesetz den Begriff der Teilrechtskraft nicht ausdrücklich nennt, gilt es, eine Definition anderweit zu gewinnen.

Wie schon der Ausdruck "Teilrechtskraft" besagt, muß es sich um prozessuale Vorgänge handeln, die teilweise rechtskräftig werden können. Es ist sonach von dem Begriff der Rechtskraft schlechthin, und zwar dem der formellen Rechtskraft, auszugehen. Unter diesem vom Gesetz ebenfalls nicht bestimmten Begriff versteht man die Endgültigkeit einer gerichtlichen Entscheidung. Der Eintritt der formellen Rechtskraft bewirkt, daß, wenigstens innerhalb des gleichen Verfahrens, ein Angriff gegen eine bestimmte gerichtliche Entscheidung nicht mehr zulässig ist. Es tritt eine sogenannte Sperrwirkung ein. Formelle Rechtskraft bedeutet also Unanfechtbarkeit und Unumstoßbarkeit einer Entscheidung im Rahmen desselben Prozesses (1).

Überträgt man diese Begriffsbestimmung auf die Teilrechtskraft, so ergibt sich, daß deren Eintritt einzelne Teile einer Entscheidung jeglicher Anfechtung und Änderung entzieht. Mit anderen Worten, unter Teilrechtskraft ist die Unangreifbarkeit und Unabänderlichkeit von Teilen einer gerichtlichen Entscheidung zu verstehen.

In der Vergangenheit waren sich allerdings Wissenschaft und Rechtsprechung in der Terminologie nicht immer einig. Einerseits wurde der Ausdruck "Teilrechtskraft" für andere prozessuale Begriffe verwendet; und andererseits wurde das, was heute unter "Teilrechtskraft" verstanden wird, als "relative Rechtskraft" bezeichnet. So spricht das Reichsgericht in zwei Entscheidungen (2), in denen es sich mit den Wirkungen der reformatio in pejus auseinandersetzt, stets von "teilweiser Rechtskraft". Demgegenüber findet sich in verschiedenen Lehrbüchern bei Behandlung der Teilrechtskraft die Bezeichnung "relative Rechtskraft", die dann

1) vgl. Bennecke-Beling, S. 405/406; Gerland, Lehrbuch S. 432; v. Dohna, S. 208; v. Hippel, S. 372 VI 1; Peters, S. 389 I 1; Henkel, S. 441 II; Kern, Kurzlehrb., S. 171; Eb. Schmidt, Lehrkommentar Teil I, S. 120/21, Nr. 229/230.

2) RG 8, 307 ff.; 9, 324 ff.

der sogenannten "absoluten Rechtskraft" entgegengesetzt wird (1). Gegenwärtig scheint man sich jedoch auf den Begriff der Teilrechtskraft in dem hier verstandenen Sinne geeinigt zu haben (2). Man sollte es schon um der Klarheit willen dabei belassen und den Ausdruck "relative (einseitige) Rechtskraft" nur noch in den Fällen verwenden, in denen lediglich der Staatsanwalt oder der Verurteilte ein Rechtsmittel eingelegt, zurückgenommen oder darauf verzichtet haben, eine (relative) Rechtskraft also nur diesem oder jenem gegenüber eingetreten ist (3).

Obgleich die Teilrechtskraft im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat, wird sie heute grundsätzlich allgemein anerkannt. Weniger Einmütigkeit besteht allerdings hinsichtlich ihrer Reichweite.

II. DIE ENTSTEHUNG DER TEILRECHTSKRAFT

Während die volle oder totale Rechtskraft automatisch durch einen ungenützten Ablauf der Rechtsmittelfrist eintritt, bedarf es zur Herbeiführung der Teilrechtskraft in jedem Falle eines Mitwirkens der am Verfahren Beteiligten, also des Gerichts oder der Staatsanwaltschaft oder des Verurteilten. Als Voraussetzungen für den Eintritt der Teilrechtskraft können zwei Gruppen von Fällen unterschieden werden: einmal die teilweise Anfechtung eines Urteils durch die Staatsanwaltschaft bzw. den Nebenkläger oder durch den Verurteilten und zum anderen die teilweise Aufhebung eines Urteils durch das Revisionsgericht.

1. Die teilweise Anfechtung eines Urteils

a) Im Gegensatz zum erstinstanzlichen Verfahren, dessen formaler Ablauf weitgehend in den Händen des Gerichts liegt und auf den die Beteiligten nur geringen Einfluß haben, ist das Rechtsmittelverfahren in höherem Maße vom Willen der Parteien abhängig. Dies zeigt sich schon daran, daß ein Rechtsmittelgericht nur auf Betreiben der Parteien tätig werden kann. Das Gericht selbst vermag kein

1) Gerland, Lehrb., S. 395; Beling, Lehrb. S. 261/262; Kern, Kurzlehrb. S. 171/172.

2) Peters, S. 389; Henkel, S. 449 IV; Eb. Schmidt, Lehrkomm. Teil I S. 121/122 Nr. 232.

3) vgl. KMR, Einleitung Anm. 14 Ac.

Rechtsmittelverfahren in Gang zu bringen. Dies kann nur auf Initiative der beteiligten Parteien geschehen, indem diese von ihrer Befugnis, ein Rechtsmittel einzulegen, Gebrauch machen.

Im Rahmen dieser Parteidisposition gibt die Strafprozeßordnung den am Verfahren Beteiligten die Möglichkeit, den Prozeßgegenstand im Rechtsmittelverfahren selbst zu bestimmen. Sie können ihren Angriff gegen das erlassene Urteil einschränken, d. h. ihn nur gegen bestimmte Teile der erstgerichtlichen Entscheidung richten. Diese mit dem Ausdruck "Rechtsmittelbeschränkung" bezeichneten Teilangriffe sind für die Berufung in § 318 StPO und für die Revision in § 344 Abs. 1 StPO festgelegt. Nach § 318 StPO kann "die Berufung auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränkt werden". § 344 Abs. 1 StPO formuliert die Beschränkungsmöglichkeit mit den Worten: "Der Beschwerdeführer hat die Erklärung abzugeben, inwieweit er das Urteil anfechte und dessen Aufhebung beantrage (Revisionsanträge), und die Anträge zu begründen."

Diese Beschränkung kann sich jedoch nur auf den Gegenstand des Urteils, also den Urteilsausspruch, erstrecken. Eine Beschränkung auf einzelne Gründe der Entscheidung ist nicht möglich. Wohl darf der Beschwerdeführer bei der Rechtfertigung seines Rechtsmittels einzelne Gründe herausgreifen und beanstanden. Dies hat aber nur die Bedeutung, Inhalt und Richtung seines Rechtsmittelbegehrens genau zu bestimmen. Eine bindende Wirkung entsteht hierdurch für den Rechtsmittelrichter nicht, wenn man von den speziellen Bestimmungen für die Revision in § 344 Abs. 2 StPO absieht. Die Rechtsmittelanträge, mit denen eine Abänderung der Entscheidung erstrebt wird, können sich daher nur gegen Teile des tenor sententiae richten (1).

Nun hat zwar Beling versucht, für die Berufung das Gegenteil zu beweisen (2). Er will den Ausdruck "bestimmte Beschwerdepunkte" in § 318 StPO so aufgefaßt

1) Dies ergibt sich schon daraus, daß der Verurteilte nur - nach der jedenfalls noch herrschenden Meinung - durch den Urteilsspruch beschwert ist, nicht aber durch die Urteilsgründe. Vgl. dazu Eb. Schmidt, Lehrkomm. Vorbem. vor § 296 Randnote 15 ff. (Die 5. Lieferung des Schmidt'schen Lehrkomm. (enthaltend u. a. die Rechtsmittelbestimmungen) war dem Verfasser erst nach Abschluß der vorliegenden Arbeit zugänglich. Dadurch konnten die sehr ausführlichen und tiefgehenden Betrachtungen von Eb. Schmidt zum Problem der Teilrechtskraft nur unvollkommen und nicht ihrer Bedeutung entsprechend berücksichtigt werden.)

2) Bennecke-Beling, S. 572; Beling, Lehrb. S. 338/339.

wissen, daß der Berufungsführer sein Rechtsmittel auch auf bestimmte Urteilsgründe beschränken kann. Seine Auffassung ist indessen mehrfach überzeugend widerlegt worden (1). Nachdem also dieses Problem in der Gegenwart längst jeglicher Aktualität entbehrt, erübrigt sich ein weiteres Eingehen hierauf. Es gilt heute als gesicherte Erkenntnis, daß eine Rechtsmittelbeschränkung nur hinsichtlich des Gegenstandes der Entscheidung zulässig ist (2).

b) Die Beschränkung braucht nun aber nicht unbedingt schon in der Rechtsmit-
telerklärung selbst, das ist der Berufungs- oder Revisionsantrag, enthalten zu sein. Sie kann auch in der Begründung des Rechtsmittels vorgenommen, ja sogar noch in der Hauptverhandlung nachgeholt werden. Dies bedeutet, daß ein ursprünglich unbeschränktes Rechtsmittel nachträglich noch beschränkt werden kann (3). Dagegen kann ein zunächst beschränkter Angriff später nicht mehr erweitert werden wegen des darin liegenden unwiderruflichen Teilverzichts. Die nachträgliche Beschränkung eines Rechtsmittels in der Hauptverhandlung erfordert aber wegen § 303 StPO die Zustimmung der Gegenseite (4).

Wegen der weitreichenden und schwerwiegenden Folgen einer Beschränkung bedürfen die diesbezüglichen Willenserklärungen einer besonders sorgfältigen Prüfung. Das Obergericht hat deshalb zuerst zu untersuchen, ob eine solche Beschränkung vom Beschwerdeführer überhaupt beabsichtigt ist. Die Teilanfechtung kann ausdrücklich bei der Einlegung erklärt werden. Sie braucht es aber nicht, da eine bestimmte Formulierung der Rechtsmittelanträge nicht vorgeschrieben ist (5). Es genügt daher, wenn sich die Beschränkung aus der Rechtfertigung des Rechts-

1) Vor allem von v. Kries, Rechtsmittel S. 93 ff.; Schlayer, S. 707 ff.;
Schneidler, S. 83/84; Heslenfeld, S. 305.

2) Vgl. z.B. RG 63, 184 (185); Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 318
Anm. 1; KMR, § 344 A. 3; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randn. 11.

3) Vgl. Geyer, S. 805; v. Kries, Lehrb. S. 650; Ullmann, S. 589;
Bennecke, S. 740; Birkmeyer, S. 699; v. Hippel, S. 570;
Erbs, Komm. z. StPO § 318 Anm. II c.

4) Vgl. hierzu RG 65, 231 (236); BayObLGSt 1950/51, 562;
Schwarz, Komm. z. StPO § 303 Anm. 2.

5) RG R IX, 420.

mittels erkennen läßt (1). Maßgebend ist allein, daß sich die Beschränkung eindeutig, bestimmt und zweifelsfrei aus dem Beschwerdevorbringen ergibt. Dies festzustellen wird von Fall zu Fall verschieden sein (2). Um eine tatsächlich gewollte Beschränkung zu erkennen, bedarf es oftmals einer Auslegung der vom Rechtsmittelführer abgegebenen Willenserklärungen. Für eine solche Auslegung muß das gesamte Beschwerdevorbringen des Anfechtenden verwertet werden. Nicht selten ergibt sich aus der Rechtsmittelbegründung im Gegensatz zum Antrag, daß der Betreffende nur eine Teilanfechtung im Auge hat. Und umgekehrt läßt mitunter der Antrag auf eine Beschränkung schließen, während aus der Begründung in Wirklichkeit eine umfassende Anfechtung des erstgerichtlichen Urteils zu entnehmen ist. Bei solcher Auslegung darf nicht allein auf den Wortlaut der Erklärungen abgestellt werden; vielmehr sind auch die Rechtskenntnisse, die Ausdrucksweise, die sprachliche Gewandtheit und sonstigen Umstände des Erklärenden zu berücksichtigen (3). Besondere Vorsicht ist hier geboten bei Rechtsmitteln, die vom Verurteilten selbst eingelegt werden, kann er doch die Tragweite einer Beschränkung vielfach nicht übersehen. So läßt beispielsweise die Formulierung "weil mir die Strafe zu hoch ist" durchaus nicht darauf schließen, daß der Beschwerdeführer hiermit nur eine Anfechtung der Strafzumessung verfolgt. Denn die zu hohe Strafe ist für den Verurteilten oft nur das Motiv zu einer totalen Anfechtung, weil sich ihm darin der Urteilsspruch am augenfälligsten kennzeichnet (4). Bei Rechtsmitteln von fachkundigen Personen (Verteidigern, Staatsanwälten) will die Rechtsprechung allerdings den

-
- 1) Vgl. RG 51, 150; 56, 225; Erbs, Komm. z. StPO § 318 Anm. II, § 344 Anmerk. III; Dalcke, § 318 StPO Anm. 2 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung. - Andererseits ist in einer nur teilweisen Rechtfertigung des Rechtsmittels keineswegs eine Beschränkung zu sehen. Bedeutet dies doch oft genug nur eine Hervorhebung einzelner Beschwerdegründe; so OLG Hamm in DAR 1955/254; Bennecke, S. 740; Geyer, S. 805; v. Kries, Lehrb. S. 650; Stenglein, Komm. S. 548 Anm. 5; Meyer, S. 132; Heslenfeld, S. 307; v. Hippel, S. 577; Spendel in ZStrW 67/563.
 - 2) RG 58, 372 (373); 62, 13; BGH in NJW 1956/756; BayObLGSt 27, 272; Stenglein, Komm. S. 548 Anm. 1; Meyer, S. 132; Beling in ZStrW 30/478-79; Heslenfeld, S. 307; v. Hippel, S. 577; ausführlich dazu Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 4.
 - 3) Vgl. RG 58, 372 (373); 62, 13 (15); BayObLGSt 27, 252 (253/54); 30, 169; KG in JR 1950/633 mit Anm. v. Weikert in JR 1951/91; Schneider, S. 83, 99; Rosenfeld, S. 252; Heslenfeld, S. 307/308; Niederreuther in JW 1934/2433; v. Hippel, S. 570; Dalcke, § 318 StPO Anm. 2 mit Angabe der Rechtsprechung. (Anm. 4) siehe nächste Seite)

tatsächlichen Wortlaut gelten lassen, es sei denn, daß die Begründung zum Antrag in Widerspruch steht (1). Läßt sich in der Frage, ob durch den Beschwerdeführer eine Beschränkung beabsichtigt ist, keine eindeutige Klarheit erzielen, so ist im Zweifel immer gegen eine Beschränkung zu entscheiden und eine Anfechtung des ganzen Urteils anzunehmen (2). Dies bedeutet eine Weiterentwicklung des in § 318 Satz 2 StPO niedergelegten Gedankens, wonach bei einer Nichtbeschränkung der ganze Inhalt des Urteils als angefochten gilt (3).

Steht sohin die Beschränkung des Rechtsmittels nach den oben aufgezeigten Grundsätzen eindeutig und klar fest, so kann ihr ein doppeltes entnommen werden: positiv gesehen enthält sie eine teilweise Anfechtung des betreffenden Urteils, und nach der negativen Seite hin schließt sie einen teilweisen Verzicht oder eine teilweise Zurücknahme des Rechtsmittels in Richtung auf die nicht angegriffenen Entscheidungsteile in sich. Hinsichtlich der letztgenannten Funktion bedeutet die Beschränkung bei Einlegung der Beschwerde einen Teilverzicht, bei nachträglicher Beschränkung eine Teilrücknahme (4). Damit gibt der Beschwerdeführer kund, daß er den nicht angegriffenen Urteilsinhalt anerkennt und sich dadurch der Möglichkeit, diesen zu bekämpfen, entschlägt.

-
- 4) von vorher. Seite: Vgl. RG 62, 13 (15); OLG Hamm in JMBI NRW 1953/69; Niederreuther in JW 1934/2433; Niethammer, S. 121; Schwarz, Komm. z. StPO § 318 Anm. 1 B.
- 1) RG 58, 372 (373); 64, 164/65; BGH in NJW 1956/756; BayObLGSt 18, 44; KG in JR 1950/633; OLG Hamm DAR 1955/254 (255).
- 2) Vgl. Niethammer, S. 121; Spengel in ZStrW 67/563.
- 3) Zum ganzen Abschnitt eingehend KMR, § 318 Anm. 2, § 344 Anm. 2; Löwe-Rosenberg (Jagus), § 318 Anm. 1-3, § 344 Anm. 4 d.
- 4) Vgl. RG R IV, 732; RG 39, 393; 42, 241 (242); 64, 164; BayObLGSt 27, 252; so auch die h. M. im Schrifttum, z. B. Geyer, S. 805; v. Kries, Lehrb. S. 650; Ullmann, S. 589; Bennecke, S. 740; Birkmeyer, S. 699; Schneider, S. 84; Löwenstein, S. 5/6; Niederreuther in JW 1934/2434; v. Hippel, S. 570, 577; Spengel in ZStrW 67/563; Erbs, Komm. z. StPO § 318 Anm. II, § 344 Anm. III; Löwe-Rosenberg (Jagus), § 318 Anm. 2 und 3, § 344 Anm. 4 d; Schwarz, Komm. z. StPO § 318 Anm. 1 a; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 1. - OHG 1, 74 nimmt fälschlicherweise statt Teilzurücknahme einen Teilverzicht an. - KMR, § 318 Anm. 1 a will in der Beschränkung keinen Teilverzicht sehen u. beruft sich hierzu auf RG 64, 164; wohl als Folge der dortigen mißverständlichen Ausdrucksweise, die statt "Beschränkung" den Ausdruck "Verzicht" gebraucht. In Widerspruch hierzu KMR, § 344 Anm. 2 für die Revision.

Auf den Teilverzicht bzw. die Teilzurücknahme sind daher die Vorschriften über Verzicht und Rücknahme von Rechtsmitteln entsprechend anzuwenden (§§ 302, 303 StPO). Daraus folgt, daß sowohl Teilverzicht als auch Teilzurücknahme - und damit eine Rechtsmittelbeschränkung überhaupt - nicht mehr widerrufen oder wegen Irrtums angefochten werden können (1). Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Rechtsmittelfrist abgelaufen ist oder nicht. Dieses Widerrufsverbot kann auch nicht dadurch umgangen werden, daß der Beschwerdeführer die ursprüngliche Beschränkung durch ein darüber hinausgehendes Rechtsmittelvorbringen wieder rückgängig und damit gegenstandslos macht. Dies würde keine prozessuale Wirksamkeit nach sich ziehen. Doch ist hier bei der Auslegung Vorsicht geboten, ob der Appellant nicht in Wirklichkeit von vornherein ein unbeschränktes Rechtsmittel hat einlegen wollen.

Wegen dieser weitreichenden Folgen einer Rechtsmittelbeschränkung bedarf ein Verteidiger zu ihrer Geltendmachung in analoger Anwendung von § 302 Abs. 2 StPO einer ausdrücklichen Ermächtigung. Nur sie verleiht einer partiellen Anfechtung und dem damit verbundenen Teilverzicht bzw. der Teilzurücknahme prozessuale Gültigkeit (2).

2. Teilaufhebung eines Urteils durch das Revisionsgericht

Eine zweite Möglichkeit für die Entstehung der Teilrechtskraft ergibt sich aus § 353 StPO. In dessen Absatz 1 ist bestimmt, daß das angefochtene Urteil aufzuheben ist, soweit die Revision für begründet erachtet wird. Dies bedeutet, daß das Revisionsgericht bei einer umfassenden Anfechtung des Urteils einen Teil dieser Entscheidung aufheben kann; eben jenen Teil, hinsichtlich dessen die Revision begründet ist, der also nach Auffassung des Revisionsgerichts vernichtet werden muß. Aber auch einer nur teilweise eingelegten Revision kann das Revi-

-
- 1) Vgl. RG 42, 241 (242); RG in DRZ 1930 II Spalte 19 Nr. 44; Bennecke, S. 740; Stenglein, Komm. S. 548 Anm. 3; Löwenstein, S. 5/6; Niethammer, S. 121; v. Hippel, S. 570; KMR, § 302 Anm. 5; Schwarz, Komm.z. StPO, § 318 Anm. 1 A; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 302 Anm. 5, § 318 Anm. 2. - Anderer Ansicht Schneidler, S. 84 ff., der eine spätere Ausdehnung des Rechtsmittels für zulässig hält. Teilverzicht und Teilzurücknahme sind nach ihm nicht unwiderruflich, sondern nur rebus sic stantibus mit dem Vorbehalt nachträglichen Widerrufs bei veränderter Sachlage erklärt.
 - 2) Vgl. darüber ausführlich RG 64, 164; OHG 1, 74; v. Hippel, S. 577; Hartung in SJZ 1949/65; Spendel in ZStrW 67/563; Erbs, Komm.z.

sionsgericht nach § 353 Abs. 1 StPO teilweise stattgeben. Wenn das Revisionsgericht von einer Teilanfechtung nur einen Teil für begründet erachtet, dann hebt es nur hinsichtlich dieses Teils von einem Teil auf. Soweit die Revision für unbegründet erachtet wird, ist sie zu verwerfen. Dieser Urteilsteil bleibt also bestehen (1). Da jedoch die Teilaufhebung eines Urteils als Entstehungsmöglichkeit für die Teilrechtskraft eine verhältnismäßig untergeordnete Rolle im Rahmen dieser Erörterungen spielt, bedarf sie im Zuge der folgenden Untersuchungen nicht immer einer besonderen Erwähnung. Wenn daher im weiteren nur von Teilanfechtung oder Rechtsmittelbeschränkung die Rede ist, so müssen die hieraus entstehenden Probleme und ihre Lösungsversuche auf die Teilaufhebung eines Urteils übertragen werden.

3. Die Folgen einer Abtrennung

Die Folge solcher Teilanfechtung ist, daß ein Rechtsmittelgericht nur die angegriffenen Teile des Urteils überprüfen kann. Dies ist sowohl für die Berufung als auch für die Revision in den §§ 327, 352 StPO ausdrücklich bestimmt. Soweit das erstgerichtliche Urteil nicht bekämpft wird, bleibt es einer Überprüfung durch die höhere Instanz entzogen. Gleiches gilt im Falle einer Teilaufhebung durch das Revisionsgericht. Entsprechend bleibt hier die Prüfung des Gerichts, an das zurückverwiesen wird, auf den durch die Revisionsentscheidung aufgehobenen Entscheidungsteil beschränkt. Außerhalb dieser durch die Aufhebung gezogenen Grenze, soweit also die Revision zurückgewiesen worden ist, steht der Vorinstanz keine Entscheidungsbefugnis mehr zu.

Die Rechtsmittelbeschränkung bewirkt aber noch ein weiteres: Sie entzieht die nicht angefochtenen Bestandteile nicht nur der Nachprüfung des höheren Gerichts, sondern sie läßt hinsichtlich derer auch die Rechtskraft eintreten (§§ 316, 343 StPO). Das Urteil wird also in zwei Teile gespalten: in einen angefochtenen Teil, über den die Rechtsmittelinstanz noch einmal zu entscheiden hat und in einen nicht

Forts. Anm. 2) von vorher. Seite: StPO, § 318 Anm. III; KMR, § 344 Anm. 2a; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 d.

- 1) Vgl. die Motive S. 215: "Die Aufhebung braucht sich nicht notwendig auf das ganze Urteil bzw. auf den ganzen mittels der Revision angegriffenen Teil desselben zu erstrecken; sie trifft vielmehr die Entscheidung nur insoweit, als diese auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Hinsichtlich eines etwaigen von dieser Entscheidung nicht berührten Bestandteiles der Entscheidung ist das Rechtsmittel zu verwerfen."

angegriffenen Teil, der rechtskräftig wird. Hinsichtlich des letzteren tritt dann die sogenannte teilweise oder partielle Rechtskraft ein (1).

Die so entstandene Teilrechtskraft gilt es nun im folgenden zu untersuchen. Waren die bisherigen Ausführungen notwendig, um aufzuzeigen, wie es ganz allgemein zur Entstehung einer Teilrechtskraft kommen kann, so ist nun der Ausgangspunkt für eine Prüfung der speziellen Teilrechtskraftprobleme gewonnen.

III. ALLGEMEINE VORBETRACHTUNGEN ZUR ABGRENZUNG DES PROBLEMS

Nun darf aber das oben in Ziffer II Ausgeführte nicht so verstanden werden, als ob jede in zulässiger Form erklärte Rechtsmittelbeschränkung automatisch den Prüfungsbereich des höheren Gerichts in diese Grenze zwingt und darüber hinaus Rechtskraft eintreten läßt. Zwar könnte der Wortlaut der §§ 318, 327 bzw. 344 Abs. 1, 352 Abs. 1 StPO zu diesem Schluß verleiten. Doch trifft das nicht zu. Um den Prüfungsbereich des oberen Gerichts an den Umfang der Anfechtung zu binden und für die nicht angegriffenen Entscheidungsteile die Rechtskraft herbeizuführen, bedarf es einer weiteren Voraussetzung: Die Beschränkung des Rechtsmittels muß nach der rechtlichen Seite hin wirksam sein (2). Erst wenn die Beschränkung rechtlich wirksam ist, äußert sie die vom Beschwerdeführer beabsichtigten Wirkungen, nämlich Bindung des Rechtsmittelgerichts und Entstehung der Teilrechtskraft.

Diese rechtliche Wirksamkeit hängt allerdings nicht allein vom Beschränkungs willen des Anfechtenden ab. Sie setzt freilich eine entsprechende Willensrichtung desselben voraus; denn ohne diese subjektive Vorbedingung wäre eine Teilanfechtung gar nicht denkbar. Die Beschränkungsabsicht allein genügt indessen nicht. Selbst wenn der Beschwerdeführer seinem nur auf bestimmte Urteilsteile gerichteten Anfechtungswillen klar und unzweideutig Ausdruck verliehen hat,

1) Vgl. RG 42, 241 (243); 62, 13/14.

2) Vgl. dazu die trefflichen Ausführungen von Eb. Schmidt, Lehrkomm.

§ 318 Randnote 2; er wendet sich dagegen, für die Bewertung einer Beschränkung die Ausdrücke "Zulässig - unzulässig" zu gebrauchen und will an deren Stelle die Wertungspaare "Wirksam - unwirksam" oder "beachtlich - unbeachtlich" gesetzt sehen.

besagt dies noch nichts darüber, ob diese Beschränkung rechtlich wirksam geworden ist, ob sie also die angegriffenen Teile - aber nur diese - der Nachprüfung des oberen Gerichts unterstellt und gleichzeitig vor die übrigen Teile die Barriere der Rechtskraft legt. Es muß vielmehr eine objektive Komponente hinzutreten, um der erklärten Beschränkungsabsicht zur Wirksamkeit zu verhelfen. Bildlich gesprochen schiebt sich also zwischen die beiden Paragraphenpaare 318-327 und 344 Abs. 1-352 Abs. 1 zusätzlich ein rechtliches Moment, das allerdings im Gesetz keinen unmittelbaren Niederschlag gefunden hat. Dieses neue Kriterium kann am besten mit der Frage umschrieben werden: Wie weit ist eine Teilanfechtung rechtlich überhaupt möglich und denkbar?

Leider hat sich der Gesetzgeber in den §§ 318, 344 Abs. 1 StPO damit begnügt, eine Rechtsmittelbeschränkung schlechthin für zulässig zu erklären. Damit steht immerhin fest, daß eine Teilanfechtung zulässig und möglich ist. Weniger klar, um nicht zu sagen völlig offen, ist dagegen die Frage, wie weit ein Rechtsmittel beschränkt werden kann. Die Prozeßordnung läßt jeglichen Hinweis hierauf vermissen. Daraus könnte man unter Umständen den Schluß ziehen, dem Anfechtenden sei die Möglichkeit gegeben, sein Rechtsmittel nach jeder beliebigen Richtung hin einzuschränken, gewissermaßen die Möglichkeit "schränkenloser Beschränkung". Tatsächlich ist es dem Appellanten auch keineswegs verwehrt, seinen Angriff gegen jeden denkbaren Einzelteil des Urteils zu richten. Eine ganz andere Frage ist aber, ob ihm eine solche willkürliche Beschränkung in jedem Falle etwas nützt, d. h. ob sie rechtlich möglich ist und ob er damit die beabsichtigte Wirkung erzielt (1). Das Problem der Teilanfechtung stellt sich somit nicht mehr in der Frage nach dem "Ob", sondern in der Frage nach dem "Wie". Daraus ergibt sich sofort die nächste Frage, nämlich auf welche Teile ein Rechtsmittel beschränkt werden kann, mit der Folge, daß die nicht

-
- 1) Schädlich ist eine solche willkürliche Beschränkung jedenfalls nicht. Das Rechtsmittel wird hierdurch nicht unzulässig. Der Beschränkung bleibt höchstens die Wirksamkeit versagt, mit der Folge, daß das Rechtsmittelgericht jene nicht beachtet und das angefochtene Urteil in weiterem Umfange nachprüft. Vgl. RG 54, 82 (83); 62, 13 (15); 65, 296 (297); 75, 172 (173); OHG 1, 74; Erbs, Komm. z. StPO, § 318 Anm. III; KMR, § 318 Anm. 3 a; Löwe-Rosenberg (Jagusich), § 344 Anm. 4; Henkel, S. 428 II 2 e; Spindel in ZStrW 67/563. Warum BGH 3, 46 hiervon eine Ausnahme machen will, ist nicht recht verständlich; vgl. Spindel in ZStrW 67/564; a. A. Beling, Lehrb. S. 339.

angegriffenen Teile in Rechtskraft übergehen. Auch ohne eine Antwort hierauf führt dies direkt zur weiteren und damit zur Zentralfrage in der ganzen Lehre von der Teilrechtskraft, die sich etwa dahin zusammenfassen läßt: In welche selbständig anfechtbaren Teile läßt sich ein Urteil zerlegen? - Nachdem aber Rechtsmittelbeschränkung und Teilrechtskraft auf das engste miteinander verknüpft sind und in wechselseitigen Beziehungen zueinander stehen, kann die Beantwortung dieser Hauptfrage auf die Teilrechtskraft übertragen werden. Dies bedeutet, daß im gleichen Maße, in dem ein Urteilsspruch in einzelne Teile zerlegt werden kann, auch die Entstehung einer Teilrechtskraft möglich ist.

Das Gesetz läßt die Frage nach der Trennbarkeit von Urteilsbestandteilen unbeantwortet. Es muß daher im nachstehenden versucht werden, eine Lösung auf anderem Wege zu finden. Immerhin besteht kein Zweifel darüber, daß nur Teile des Urteils tenors abgetrennt und gesondert angefochten werden können (vgl. oben II 1 a). Dies ergibt sich einmal daraus, daß der Rechtsmittelführer nur durch den Urteilsatz, nicht aber durch die Urteilsgründe beschwert ist, und zum anderen daraus, daß eine Rechtskraft und somit auch eine Teilrechtskraft von Urteilsgründen überhaupt nicht denkbar ist (1).

In Ermangelung gesetzlicher Grundlagen haben nun Rechtsprechung und Rechtslehre gewisse Leitsätze aufgestellt, die es ermöglichen sollen, die Trennbarkeit von Teilen des Urteilsspruches im Einzelfalle zu bestimmen. So hat sich unter Führung des Reichsgerichts ein Grundsatz herausgebildet, der nach wie vor als der wichtigste und allgemein gültigste angesehen werden darf. Danach ist

"eine Beschränkung der Anfechtung stets dann zulässig und wirksam, wenn sich als Gegenstand der Anfechtung ein solcher Teil der Entscheidung darstellt, der losgelöst und getrennt von den nicht angefochtenen Entscheidungsteilen einer in sich selbständigen Prüfung und Beurteilung zugänglich ist, ohne daß ein erneutes Eingehen auf diese anderen Teile notwendig wird" (vgl. RG 42, 241). -

Diese Grundregel kehrt - von einigen mehr grammatikalischen als inhaltlichen Variationen abgesehen - in der Rechtsprechung bei Problemen der Rechtsmittelbeschränkung und der Teilrechtskraft fast stereotyp wieder und ist auch vom über-

1) Vgl. RG 63, 183/184; Rintelen, S. 324; Meyer, S. 130; Beling, Lehrb. S. 339; Erbs, Komm. z. StPO § 296 Anm. X; KMR, Vorbem. 3 vor § 296; Löwe-Rosenberg (Jaguschn), § 296 Anm. 2 b, § 318 Anm. 1; Henkel, S. 422, Peters, S. 496/97.

wiegenden Teil der Rechtslehre übernommen worden (1). Sie kann gleichermaßen auf Berufung und Revision angewendet werden. Als allgemeine Richtschnur verdient dieser Satz uneingeschränkte Zustimmung. So richtig diese Generalregel als Ausgangspunkt für die Prüfung der Wirksamkeit einer Rechtsmittelbeschränkung auch ist, so wenig trägt sie ob ihrer allgemeinen und weitläufigen Formulierung zur Lösung des Problems im Einzelfalle bei. Sie gleicht dem großen Rahmen, der die unbemalte Leinwand umspannt.

In Ergänzung dieses Grundsatzes hat vor allem die Rechtslehre versucht, durch Aufstellung weiterer Kriterien dem Kern der Dinge näherzukommen. So wurde in Anlehnung an die Denkfolge, die der Richter bei Fällung eines Urteils entwickelt, der Satz vom Folgezwang ausgebildet: Wird ein Urteilsteil durch Anfechtung herausgegriffen, so werden davon alle Teile umfaßt, die in der logischen Reihenfolge nach diesem kommen, für die der angefochtene Teil also präjudiziell ist. Die davor liegenden Bestandteile bleiben unberührt und erwachsen in Rechtskraft (2). So kann beispielsweise die Schuldfrage nicht isoliert angefochten werden; stets werden davon auch die Straffrage und der Kostenauspruch mitergriffen. - Andere wiederum sehen den inneren Zusammenhang als maßgebendes Moment für die Trennbarkeit von Urteilsteilen an (3).

Verschiedentlich ist auch die Erforschung der materiellen Wahrheit als Grenze für eine wirksame Rechtsmittelbeschränkung und damit für die Teilbarkeit des Urteilstenors erachtet worden. Danach soll die Wirksamkeit der Rechtsmittelbeschränkung also dort ihr Ende finden, wo sie den Richter an der Wahrheitsermittlung und damit an der Fällung einer gerechten Entscheidung hindert (4).

Schließlich wurde auch die begriffliche und logische Trennbarkeit von verschiedenen Seiten als alleiniger Maßstab in den Mittelpunkt gestellt (5).

- 1) Vgl. als wenige Beispiele von vielen RG 33, 17 (22); 42, 241 (242); 47, 227 (228); 54, 82, 180; 58, 238 (239); 60, 109; 62, 13; 65, 296; 69, 110 (111); 71, 265; 74, 190 (191); 75, 171 (173); OGH 1, 74 (75); ferner BGH 5, 252 (253). Im Schrifttum u. a. Birkmeyer, S. 699; Niederreuther in JW 1934/2434; Weber, S. 2887; Dalcke, § 318 StPO Anm. 1, § 344 Anm. 1; KMR, § 318 Anm. 3 a, § 344 Anm. 3; Henkel, S. 427 II 2; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 327 Anm. 3, § 344 Anm. 4; Hennke in GA 1956/42; Gage-Sarstedt, S. 46.
- 2) Vgl. Isenbart-Samter, S. 339 § 368 Anm. 46; Bennecke-Beling S. 441; Beling in ZStrW 38/799; Niederreuther in JW 1934/2434-2435; Wimmer in MDR 1948/72; Erbs, Komm. z. StPO, § 318 Anm. III; Hennke in GA 1956/42; vgl. auch RG 65, 297, wo dieser Grundsatz angedeutet ist.
- 3) Vgl. v. Schwarze in HHS. 283; Geyer, S. 811; Birkmeyer, S. 699; Dalcke, § 344 Anm. 1 StPO; RG 33, 17 (22). (Anm. 4, 5 nächste Seite)

All diese Sätze können sicherlich eine gewisse Richtigkeit für sich beanspruchen. Sie stecken aber wiederum nur die Grenzen ab, innerhalb deren sich die Probleme bewegen. Für den konkreten Einzelfall sind sie nur bedingt tauglich. Immerhin läßt sich daraus die Erkenntnis gewinnen, daß die Frage der Trennbarkeit vom begrifflichen und logischen Standpunkt aus entschieden werden muß. Auf die rein tatsächliche Trennbarkeit kommt es dabei nicht an. Es mag zwar in einem praktischen Einzelfalle durchaus möglich sein, einen bestimmten Urteils-
teil abzuspalten; trotzdem scheitert aber die Verwirklichung daran, daß aus rechtlichen und begrifflich-logischen Gründen eine Abtrennung dieses Teils eben nicht möglich ist (1).

Es soll daher im folgenden an Hand der einzelnen Teile des Urteilsspruches untersucht werden, welche von diesen abgetrennt und einer gesonderten Anfechtung zugänglich gemacht werden können.

Dabei sei jetzt schon auf den Haupteinwand gegen die Teilrechtskraft hingewiesen; nämlich den, daß das Rechtsmittelgericht in die Lage versetzt werden könne, wissentlich ungerechte Entscheidungen zu treffen. Dies sind die Fälle, in denen das Rechtsmittel beschränkt wird und das obere Gericht bei Nachprüfung des abgetrennten Urteilsteiles feststellt, daß der nicht angefochtene Teil fehlerhaft ist und nicht der Rechtslage entspricht. Soll das höhere Gericht hier die Beschränkung einfach ignorieren und auch den als falsch erkannten, aber nicht angefochtenen Teil überprüfen? Oder soll es an der Beschränkung bzw. an der Teilrechtskraft festhalten und unter Zugrundelegung des nicht angefochtenen falschen Bestandteils "mit sehenden Augen unrichtig urteilen"? (2)

Forts. Anm. 4: Schneidler, S. 82; Schlayer, S. 714; v. Hippel, S. 578; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 44.

5) Birkmeyer, S. 699; Bennecke-Beling, S. 440; Schlayer, S. 714; Schneidler, S. 87; Eckstein, S. 352/53; Wimmer in MDR 1948/72.

- 1) Beispielsweise rügt der Verurteilte, der im übrigen mit seiner Aburteilung einverstanden ist, daß das Gericht in den Entscheidungsgründen bei Darlegung des Sachverhalts eine Einzelheit des betr. Geschehensablaufs nicht richtig ausgeführt hat; So legt der Einsteigdieb Wert auf die Feststellung, daß er nicht durch dieses, sondern durch jenes Fenster eingestiegen ist. Nachdem dieser Teil der Urteilsgründe ohne irgendwelchen Einfluß auf den sonstigen Entscheidungsinhalt ist, könnte er rein tatsächlich ohne weiteres abgetrennt und gesondert angefochten werden. Aus rechtlichen Gründen ist dies aber nicht zulässig, weil eben der Verurteilte einmal durch die Urteilsgründe nicht beschwert ist und zum anderen die Beweisfrage oder gar Teile von ihr als zur Schuldfrage gehörig nicht abgetrennt werden können.

2) v. Hippel, S. 578 2 b.

Es ist hier noch nicht der Ort für eine eingehende Stellungnahme zu diesem Problem. Davon wird später noch die Rede sein. Soviel sei aber jetzt schon vorweggenommen: Die Frage der Trennbarkeit hängt im Einzelfalle nicht davon ab, ob das Rechtsmittelgericht in die Gefahr einer bewußt unrichtigen Entscheidung kommt. Es handelt sich hier um zwei verschiedene Komplexe, was früher nicht immer klar erkannt worden ist. Die Abtrennbarkeit eines Urteilsbestandteils wird völlig unabhängig davon entschieden, ob die Möglichkeit einer ungerechten Entscheidung entsteht. Die Abspaltung wird lediglich auf der Grundlage des rechtlichen und logisch-begrifflichen Zusammenhangs geprüft. Wird diese Frage bejaht, dann steht damit eindeutig fest, daß der betreffende Teil einer Absonderung fähig ist. Eine gänzlich andere Frage ist es, ob das Rechtsmittelgericht bei Kenntnis der Fehlerhaftigkeit des unangefochtenen Teils die wirksame Beschränkung und damit die entstandene Teilrechtskraft hinzunehmen hat; ob es also bewußt auf dieser falschen Grundlage urteilen soll oder ob es sich im Interesse der materiellen Wahrheit und der Gerechtigkeit darüber hinwegsetzen darf. Erst hier stehen sich im Widerstreit Rechtskraft und Gerechtigkeit gegenüber, nicht aber schon bei Entscheidung über die Frage der Trennbarkeit als solche.

IV. DIE TRENNUNG BEI MEHREREN TÄTERN

Bevor die eigentlichen Trennungsprobleme untersucht werden, sollen noch einige Fälle Erwähnung finden, die streng genommen nur am Rande der Teilrechtskraft liegen. Ihre im Verhältnis geringe Bedeutung rechtfertigt es, sie noch im Rahmen der Einleitung zu behandeln.

Am einfachsten läßt sich die Frage nach der Trennbarkeit bei solchen Urteilen beantworten, die über mehrere Angeklagte zugleich befinden. Hier kann - nach wohl einhelliger Meinung (1) - jeder Verurteilte für sich allein ein Rechtsmittel einlegen, mit der Folge, daß die Rechtskraft des Urteils nur ihm gegenüber gehemmt wird, während die Entscheidung in Richtung auf diejenigen, die sich bei dem Spruche beruhigt haben, in Rechtskraft übergeht. Gleiches gilt, wenn die

1) Vgl. RG 9, 324 (328); v. Kries, *Lehrb.* S. 658; Ullmann, S. 595; Binding, S. 256; Schneider, S. 96; Eckstein, S. 353; Zitzlaff, S. 404; Beling, *Lehrb.* S. 337/338; Niederreuther in JW 1934/2433; v. Hippel, S. 579; Meister, S. 715; Henkel, S. 449; Erbs, *Komm. z. StPO*, § 449 Anm. IV; Schwarz, *Komm. z. StPO*, § 449 Anm. C; Eb. Schmidt, *Lehrkomm.* § 318 Randnote 12.

Staatsanwaltschaft nur in bezug auf einen oder einzelne von mehreren Mitangeklagten das Urteil anfecht. Man könnte hier zur besseren Unterscheidung von einer persönlichen (subjektiven) Beschränkung bzw. Teilrechtskraft sprechen im Gegensatz zur gegenständlichen (objektiven).

Hier gegenteiliger Auffassung zu sein, wäre überspitzt. Sind z.B. A und B Mittäter einer strafbaren Handlung, so besteht zwar naturgemäß ein gewisser Zusammenhang in ihrem Verhalten. Denn als Mittäter müssen sie ja gemeinschaftlich zusammenwirken. Dieser Zusammenhang ist aber keineswegs unlösbar. Welches Hindernis sollte auch bestehen, den Tatbeitrag jedes einzelnen gesondert zu behandeln? Wenn beide zusammen abgeurteilt werden, so geschieht dies nur aus Gründen der Einfachheit, der Klarheit und zur Vermeidung eines doppelten Aufwandes. Genau so gut könnten beide zu verschiedener Zeit und an verschiedenen Orten auf der Anklagebank sitzen. Es geschieht in der Praxis gar nicht selten, daß zwei Mittäter nur zu verschiedener Zeit gefaßt und abgeurteilt werden können. Während der eine bereits rechtskräftig verurteilt ist, gelingt es der Polizei, des anderen erst habhaft zu werden. Die Zufälligkeit gemeinsamer Aburteilung bedingt also noch lange keinen untrennbaren Zusammenhang. Es handelt sich genau genommen um zwei getrennte Prozesse, die aus Gründen der Prozeßökonomie in einem Verfahren vereinigt werden. Nichts hindert daran, durch ein subjektiv beschränktes Rechtsmittel diese Vereinigung wieder zu spalten.

Daß hier mit der Möglichkeit widersprechender Entscheidungen gerechnet werden muß, vermag daran nichts zu ändern. Für die Revision wird dem aber durch § 357 StPO weitgehend vorgebeugt (1).

-
- 1) Eine Anwendung dieser Bestimmung auf das Berufungsverfahren ist bisher abgelehnt worden; vgl. Schwarz, Komm.z.StPO § 357 Anm.3; Peters, S.534; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 357 Anm. 1; Haase, S.279; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 12 u. § 357 Randnote 12. - Doch sind in letzter Zeit Stimmen laut geworden, die diese Bestimmung auch auf die Berufung übertragen wissen wollen; vgl. LG Bonn in MDR 1947/36, ihm folgend KMR, § 357 Anm.5 und neuestens LG Essen in NJW 1956/602, Dies dürfte zu weit gehen; ein derart schwerwiegender prozessualer Vorgang wie die Durchbrechung der Rechtskraft kann nur auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmung für zulässig erklärt werden. - Für eine Nichtanwendung neuerdings KG in JR 1956/308 mit eingehender Begründung, in der die gegenteiligen Ansichten überzeugend widerlegt werden; siehe auch die zustimmende Anmerkung zu diesem Urteil von Sarstedt in JR 1956/310.

V. DIE TRENNUNG BEI MEHREREN TATEN

1. Allgemein

a) Ohne wesentliche Schwierigkeiten kann die Trennbarkeit auch bei einer Tatmehrheit bejaht werden. Hier ist es grundsätzlich möglich, daß der Appellant eines oder einzelne dieser Delikte herausgreift und die diesbezügliche Verurteilung oder Freisprechung bekämpft. Dies hat zur Folge, daß die nicht angegriffenen Delikte rechtskräftig werden und vom Rechtsmittelgericht als feststehend hingenommen werden müssen. Nicht anders ist es, wenn das Revisionsgericht bei einer unbeschränkten Revision wegen mehrerer Straftaten teilweise aufhebt und zum anderen Teil die Revision zurückweist. Auch hier wird die Vorinstanz nur soweit mit der Sache befaßt, als die Aufhebung reicht. Der Tatrichter darf sich nur um die aufgehobenen Einzelverurteilungen kümmern, während die nicht aufgehobenen Delikte in Rechtskraft übergehen und damit einer abermaligen Behandlung entzogen sind.

Dieser Standpunkt ist in Rechtsprechung und Rechtslehre bisher ziemlich einmütig vertreten worden, auch von denjenigen, die der Teilrechtskraft sonst nur einen schmalen Raum zubilligen wollen (1). Was sollte auch einer Trennbarkeit hier entgegenstehen? Handelt es sich doch regelmäßig um ganz verschiedene Delikte desselben Täters. Wenn A heute einen Diebstahl und unabhängig davon zwei Tage später einen Betrug begeht, so besteht zwischen beiden Handlungen kein untrennbarer Zusammenhang. Daß hinter beiden Handlungen ein verbrecherischer Gesamtplan (hier nicht im Sinne der Fortsetzungstat gemeint) stehen mag, hindert eine Trennbarkeit nicht. Beide Delikte sind jedenfalls nicht so eng ineinander verzahnt, daß ihre Lösung nicht möglich wäre. Ihre gemeinsame Aburteilung geschieht ge-

-
- 1) Vgl. RG R IV, 732; RG 43, 359 (360); 52, 259 (261); RG HRR 1938 Nr. 264; v. Kries, Rechtsmittel S. 94; ders. Lehrb. S. 658, 683; Stenglein, Lehrb. S. 383; ders. Komm. S. 548 § 359 Anm. 1; Benneke, S. 740; Schlager, S. 715; Binding, S. 256, 298; Schneidler, S. 86, 96; Rosenfeld, S. 252; Eckstein, S. 353; Beling in ZStrW 38/798; ders. Lehrb. S. 337; Gerland, Lehrb. S. 395; Niederreuther in JW 1934/2433; v. Hippel, S. 579, 670; Wimmer in MDR 1948/72; Hartung in SJZ 1949/66; Meister, S. 715; Peters, S. 389; Henkel, S. 428, 450; Spindel in ZStrW 67/557; KMR, § 318 Anm. 3 b bb; Erbs, Komm. z. StPO, § 318 Anm. III, § 353 Anm. I A, § 449 Anm. V; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 a; Gage-Sarstedt, S. 46; Eb. Schmidt, Lehrkomm., § 318 Randnote 13.

wöhnlich nur aus Gründen einer rationellen Gerichtstätigkeit. Beling - der für eine Trennbarkeit in weitestem Umfange eintritt - geht sogar so weit, zu behaupten, daß hier eine Rechtsmittelteilung gar nicht vorliege (1). Beling's Ansicht dürfte schon deshalb zu weit führen, weil dann der Angeklagte, will er das ganze Urteil anfechten, für jedes einzelne Delikt ausdrücklich ein besonderes Rechtsmittel einlegen müßte.

b) Nun hat - zum erstenmal, soweit ersichtlich - der OGH (2) versucht, von dem Grundsatz der Trennbarkeit bei Realkonkurrenz eine Ausnahme zu machen. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte war wegen zweier selbständiger Totschlagsdelikte, begangen an einer Witwe und ihrem Kinde, verurteilt worden. Mit seiner Revision griff er den Spruch des Gerichts nur insoweit an, als er wegen Totschlags an dem Kinde verurteilt worden war, während er seine Verurteilung in Richtung auf die Witwe akzeptierte.

Im Revisionsverfahren ist der OGH über diese Beschränkung hinweggegangen und hat das Urteil der Vorinstanz in seinem gesamten Umfange nachgeprüft. Er begründet dies u. a. damit, daß die vom Reichsgericht aufgestellte Generalklausel für die Beschränkung von Rechtsmitteln "nicht ein für allemal, sondern nur nach der besonderen Lage des Einzelfalles zu beurteilen" sei. In der Regel, so meint der OGH, treffe diese Trennbarkeit bei Tatmehrheit zu. Doch glaubt der Gerichtshof im speziellen Falle eine Ausnahme von diesem Grundsatz sehen zu müssen, weil beide Straftaten "doch derart miteinander zusammenhängen, daß die Tötung des Kindes möglicherweise ohne vorherige zutreffende Würdigung der Tötung der Mutter nicht abschließend und gerecht beurteilt werden" könne. Es könnte "Hergang und Beweggrund der Tötung der Mutter für die Beurteilung der Tötung des Kindes in der einen oder anderen Beziehung wesentlich sein". Der OGH kommt danach in diesem besonderen Falle zu dem Schluß, daß die Revision "mangels der Mög-

-
- 1) Beling in ZStrW 38/798: "Bilden mehrere real konkurrierende Taten den Gegenstand eines Verfahrens, so umschlingt sie zwar das einheitliche Verfahren als ein äußeres Band, macht aber aus ihnen nicht eine Strafsache; jede Strafsache ist logisch von der anderen völlig unabhängig, ihr prozessuales Geschick kann ein ganz verschiedenes sein, wie ja die Verbindung eine rein willkürliche und jederzeit lösbare ist. Daraus ergibt sich, daß, wenn das Urteil die mehreren Sachen erledigt, nicht ein Rechtsmittel infrage kommt, sondern soviel Rechtsmittel wie Strafsachen, und wenn nur in der einen Strafsache ein Rechtsmittel eingelegt wird, in den anderen nicht, eine Rechtsmittelteilung überhaupt nicht vorliegt."
- 2) OGH 1, 74 ff.

lichkeit abschließender selbständiger, rechtlicher Beurteilung der Tötung des Kindes auf diese allein nicht wirksam beschränkt werden kann".

Hartung (1) weist in seiner Kritik an dieser Entscheidung mit Recht darauf hin, daß der OGH in diesem Falle die Tragweite der vom Reichsgericht für die Beschränkung von Rechtsmitteln aufgestellten Regeln überschätzt habe; insbesondere deshalb, weil diese Regeln für die Teilbarkeit innerhalb einer einzigen Tat aufgestellt seien und daher auf Fälle dieser Art nicht einfach übertragen werden könnten. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß aus irgendeinem äußeren Grunde beide Delikte hätten zeitlich getrennt verhandelt werden müssen. Dann wären eben - auch bei noch so engem inneren Zusammenhange - zwei gänzlich verschiedene Urteile ergangen. Die Tatsache gemeinsamer Verhandlung und Aburteilung zweier selbständiger Taten ist nicht geeignet, sie zu einem unlöslichen Ganzen zusammenzuschweißen.

Dem OGH kann aber hier noch ein weiteres entgegengehalten werden. Wie oben dargelegt, begründet er den untrennbaren Zusammenhang zwischen beiden Delikten damit, daß Hergang und Beweggrund der Tötung der Mutter für die Beurteilung der Tötung des Kindes in der einen oder anderen Beziehung wesentlich sein könnten. Was hätte - so ist hier zu fragen - den OGH gehindert, die Rechtsmittelbeschränkung anzuerkennen und dennoch die Tatumstände bei Tötung der Mutter für eine gerechte Beurteilung der Tötung des Kindes heranzuziehen? Es ist doch in der Praxis gar kein so seltener Fall, daß in einem Strafprozeß Zeugen, Urkunden und Akten früherer Verfahren herangezogen und verwertet werden, weil sie für die gegenständliche Verhandlung eine Rolle spielen und weil sie zu einer gerechten Urteilsfindung im anhängigen Verfahren beitragen. Der OGH hätte also ohne weiteres die Tatumstände bei Tötung der Mutter mit heranziehen dürfen. Aber freilich nur - und das ist eben das Entscheidende -, soweit damit eine bessere und gerechte Beurteilung der Tötung des Kindes erzielt werden sollte. Keinesfalls hätte dies für die rechtskräftig gewordene Verurteilung wegen Tötung der Mutter Bedeutung gewinnen dürfen.

c) Trotz dieses mißglückten Versuches des OGH, den Grundsatz der Trennbarkeit von einzelnen Delikten bei Realkonkurrenz zu durchbrechen, gibt es Ausnahmefälle von dieser Regel. Sie liegen allerdings auf anderer Ebene. Greift der Beschwerdeführer von einem auf Tatmehrheit lautenden Urteil ein einzelnes Delikt heraus, so kann das Rechtsmittelgericht dann über diese Beschränkung hinweggehen, wenn es feststellt, daß in Wirklichkeit nicht Tatmehrheit, sondern

1) SJZ 1949, S. 66/67.

Tateinheit gegeben ist. Denn bei Idealkonkurrenz ist eine Abspaltung der einzelnen darin zusammengefaßten Delikte nicht möglich (1). Das gleiche muß natürlich gelten, wenn das Obergericht statt der Realkonkurrenz einen Fortsetzungszusammenhang entdeckt. Nur in diesen Fällen darf und muß das höhere Gericht eine Teilanfechtung unbeachtet lassen und das erstgerichtliche Urteil in vollem Umfang seiner Nachprüfung unterstellen; d.h. soweit, als die durch das angefochtene Einzeldelikt berührte Idealkonkurrenz sich erstreckt.

Weitere Ausnahmen können von dem eingangs erwähnten Grundsatz nicht zugelassen werden. Für alle anderen Fälle muß es bei der Regel der Trennbarkeit bleiben, daß zwischen mehreren real konkurrierenden Taten weder rechtlich noch begrifflich-logisch ein untrennbarer Zusammenhang besteht. Dies gilt auch dann, wenn das Rechtsmittelgericht einmal feststellen sollte, daß der nicht angefochtene und in Rechtskraft erwachsene Sachverhalt fehlerhaft entschieden ist und der materiellen Wahrheit nicht entspricht. Die Rechtsmittelinstanz ist hier nicht berechtigt, die anderen Entscheidungsteile entgegen der Beschränkung aufzuheben (2). So unerfreulich dieses Ergebnis im Interesse der Gerechtigkeit auch sein mag, hier wird dem Streben nach Erforschung der Wahrheit eine Schranke gesetzt durch das Gebot der Rechtskraft und der Rechtssicherheit. Denn niemals darf die Forderung nach absoluter Wahrheit ein Kriterium dafür sein, ob Teile eines Urteils abgetrennt werden können oder nicht. Dieses letztere wird allein von der prozessualen Seite her nach den Grundsätzen des begrifflich-logischen Zusammenhangs entschieden. Spengel (3) will hier einen anderen Weg gehen. Er anerkennt zwar die Beschwerdebefchränkung und die dadurch entstandene Teilrechtskraft, will aber diese Rechtskraft aus Gründen der Gerechtigkeit durchbrechen. Dabei hat Spengel den Fall im Auge, daß das Obergericht bei Prüfung eines angefochtenen Delikts feststellt, daß sowohl die angegriffene als auch die nicht angegriffene Tat im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit begangen sind. Seiner Ansicht nach hieße es das Gebot der Formenstrenge und der Rechtssicherheit überspannen, wenn der Rechtsmittelrichter hier eine offensichtlich unrichtige Entscheidung hinnehmen müßte. So bestechend Spengel's Gedankengänge klingen und so wünschenswert sie vom Standpunkt der Gerechtigkeit aus sein mögen, so verkennen sie eben doch die prozessuale Situation. Ohne die Frage nach einer Durchbrechung der Teilrechtskraft im Interesse der Gerechtigkeit an dieser Stelle abschließend zu beantworten, muß doch betont werden, daß jedenfalls im Rahmen der Realkonkurrenz hierfür kein Platz ist. Es

1) Zu dieser Frage ausführlich weiter unten bei Behandlung der Probleme über die Teilungsmöglichkeit innerhalb der Schuldfrage.

2) Vgl. Löwenstein, S. 33; Eckstein, S. 353.

3) ZStrW 67/557.

kann hier auf das verwiesen werden, was schon weiter oben ausgeführt ist. Die lediglich aus prozeßwirtschaftlichen Gründen erfolgende gemeinsame Behandlung und Aburteilung von mehreren Straftaten gestattet es auch hier nicht, aus wohlgemeinten Gründen der Gerechtigkeit selbständige und in Rechtskraft erwachsene Teile umzustößen. Wären die infolge Teilrechtskraft nunmehr auch äußerlich gespaltenen Teile von vornherein getrennt abgeurteilt worden, dann hätte hier die spätere Erkenntnis der Zurechnungsunfähigkeit nichts mehr zu ändern vermocht. Gleiches hat aber bei gemeinsamer Aburteilung im Rahmen der Realkonkurrenz zu gelten. Auch hier muß es bei der Trennung bleiben.

2. Trennbarkeit bei Vorliegen einer Gesamtstrafe

Besondere Beachtung verdient in diesem Zusammenhang das Institut der Gesamtstrafe. Einmal aus dem rein praktischen Gesichtspunkt, daß in den meisten Fällen der Tatmehrheit eine Gesamtstrafe gebildet wird; und andererseits wegen der rechtlichen Besonderheit, daß der Richter hier nach Ausmessung der Einzelstrafen eine weitere Denkkoperation vornehmen und gemäß §§ 74 ff. StGB die Gesamtstrafe festsetzen muß. Es geht also um die Frage, ob die Verhängung einer Gesamtstrafe die Abtrennung und die Teilrechtskraft von Einzelstrafen beeinflußt.

Hierzu muß vorweg zweierlei bemerkt werden: Ist der Beschwerdeführer wegen mehrerer selbständiger Handlungen zu einer Gesamtstrafe verurteilt worden und beschränkt sich seine Anfechtung nur auf eine Einzelstrafe, so wird von diesem Rechtsmittel selbstverständlich auch der Ausspruch über die Gesamtstrafe ergriffen. Dasselbe gilt, wenn das Revisionsgericht bei beschränktem oder unbeschränktem Rechtsmittel eine Einzelstrafe aufhebt. Auch hier kann die Gesamtstrafe nicht bestehen bleiben. Denn die Einzelstrafen bilden die Grundlage und die Voraussetzung für die Gesamtstrafe, sie werden zur Gesamtstrafe vereinigt. Wird auch nur eine der Einzelstrafen angegriffen oder aufgehoben, so ist damit die Gesamtstrafe ihres Fundaments beraubt und muß zwangsläufig das gleiche Schicksal erleiden. Anders liegt es im umgekehrten Falle bei einem Rechtsmittel des Staatsanwalts zu Ungunsten des Verurteilten. Ist der Angeklagte wegen mehrerer sachlich zusammentreffender Taten teils verurteilt (unter Bildung einer Gesamtstrafe), teils freigesprochen und wendet sich der Staatsanwalt gegen den Freispruch, so bleibt die Gesamtstrafe jedenfalls zunächst bestehen. Erst wenn das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft zum Erfolg geführt hat und der Freispruch in eine Verurteilung umgewandelt ist, wird die Gesamtstrafe aufgelöst und neu gebildet (1).

1) Anderer Meinung anscheinend Beling in ZStrW 38, 799/800, der die bisherige Gesamtstrafe bestehen läßt und aus ihr nebst der weiteren Verurteilung eine neuerliche Gesamtstrafe bildet, die danach die erste Gesamtstrafe einbezieht.

Dies wird besonders deutlich, wenn man von dem Fall ausgeht, daß die Beschwerde der Staatsanwaltschaft nicht durchdringt. Hier bleibt die vom Erstgericht ausgesprochene Gesamtstrafe selbstverständlich bestehen. Es wäre also unnötig, bei einem vom Staatsanwalt bekämpften Freispruch sofort die Gesamtstrafe hiervon in Mitleidenschaft zu ziehen, ehe überhaupt feststeht, ob diesem Rechtsmittel ein Erfolg beschieden ist.

a) Um nun wieder zum Ausgangspunkt zurückzukehren - ob nämlich die Einzelstrafen getrennt angefochten und rechtskräftig werden können -, muß zuerst das Wesen der Einzelstrafen und ihr Verhältnis zur Gesamtstrafe betrachtet werden. Liegen dem Gericht mehrere selbständige strafbare Handlungen eines Angeklagten vor, so hat es bei Fällung des Urteils zunächst jedes dieser Delikte getrennt zu behandeln. Der Richter muß für jede Handlung den entsprechenden Straftatbestand bestimmen und dafür eine angemessene Strafhöhe festsetzen. Dabei darf er an dieser Stelle seiner Überlegungen in keiner Weise auf die spätere Bildung einer Gesamtstrafe Rücksicht nehmen. Es ist ihm verwehrt, die spätere Festsetzung einer Gesamtstrafe bei der Bemessung der Einzelstrafen in Rechnung zu stellen. Erst wenn der Richter diese Denkopoperation beendet hat, darf er sich mit der Frage auseinandersetzen, ob und wie eine Gesamtstrafe zu bestimmen ist.

Der gesetzgeberische Sinn der Gesamtstrafe liegt in der Strafvollstreckung. Es ist eine Erfahrungstatsache, daß jede Strafverbüßung in Form von Freiheitsentzug mit fortschreitender Dauer an Härte zunimmt. Je länger die Strafe dauert, desto härter wird sie empfunden. Werden also mehrere Strafen in unmittelbarer Aufeinanderfolge vollzogen, so liegt gerade in dieser ununterbrochenen Dauer der Vollstreckung eine Verschärfung des Strafübels, die das vom Täter verdiente Maß übersteigt. Müßte danach der Verurteilte die verhängten Einzelstrafen in ununterbrochener Folge verbüßen, so würde er durch die darin liegende Verschärfung mehr erdulden, als ihm zukommt. Unter diesem Blickwinkel hat der Gesetzgeber bestimmt, daß die ausgebrachten Einzelstrafen nach einer bestimmten Verfahrensweise zu einer Gesamtstrafe vereinigt werden, deren Höhe die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen darf. Die Gesamtstrafe ist somit nur eine Entscheidung über die Modalität der Strafvollstreckung im Interesse der Gerechtigkeit (1).

Daraus folgt, daß die Einzelstrafen nicht unselbständige Bestandteile des Urteils sind, die in der festgesetzten Gesamtstrafe untergehen. Sie stellen vielmehr selbständige richterliche Entscheidungen über die vom Täter begangenen verschiede-

1) Vgl. RG (Plenarentscheidung) 25, 297 (308 ff.).

nen Delikte dar. Nur in bezug auf die Vollstreckung verlieren sie ihre Eigenständigkeit und müssen der Gesamtstrafe weichen. Daran ändert auch nichts, daß die Einzelstrafe in der Regel nur in den Urteilsgründen zum Ausdruck kommt. Dies geschieht deshalb, um den Tenor des Urteils möglichst klar und übersichtlich zu halten. Keinesfalls ist darin ein Kriterium für ihre Unselbständigkeit zu finden. So betrachtet macht die Beantwortung der eingangs gestellten Frage keine Schwierigkeiten mehr. Werden im Falle einer Gesamtstrafe eine oder einzelne von mehreren Einzelstrafen angefochten oder aufgehoben, so ergreift dies zwar automatisch auch die Gesamtstrafe, doch werden die übrigen Einzelstrafen infolge ihrer Selbständigkeit davon nicht betroffen. Sie erwachsen in Rechtskraft und sind der Nachprüfung durch das obere Gericht entrückt. Die Trennbarkeit von mehreren real konkurrierenden Taten ist also auch bei Vorliegen einer Gesamtstrafe zu bejahen.

In Rechtsprechung und Rechtslehre waren die Meinungen hierüber anfänglich geteilt. Die eine Richtung erblickte in den Einzelstrafen nur Elemente und Rechnungsfaktoren für die Bildung der Gesamtstrafe, die aber in Wirklichkeit nicht ausgesprochen sind. Danach sollten die Einzelstrafen mit der Festsetzung der Gesamtstrafe ihre Selbständigkeit verlieren und völlig in dieser aufgehen. In Konsequenz dieser Auffassung mußten ihre Vertreter zu dem Ergebnis kommen, daß beim Angriff auf eine Einzelstrafe nicht nur die Gesamtstrafe, sondern auch die übrigen Einzelstrafen miterfaßt werden und daß demzufolge eine Rechtskraft der Einzelstrafen nicht möglich ist (1). Die Anhänger des entgegengesetzten Standpunktes stützten sich im wesentlichen auf die oben dargelegte Auffassung (2). Durch Beschluß der Vereinigten Strafsenate in RG 25, 297 ff. trat das Reichsgericht der letztgenannten Ansicht bei. In dieser Plenarentscheidung ist mit überzeugender Begründung ausgeführt, daß die Einzelstrafen einen selbständigen richterlichen Ausspruch dezisiver Natur darstellen und einer gesonderten Rechtskraft fähig sind. Diese Auffassung ist in der Folgezeit von Rechtsprechung und Schrifttum übernommen und beibehalten worden (3). Auch der Bundesgerichtshof und die neuere Rechtslehre haben hieran festgehalten (4).

-
- 1) So RG 2, 202; RG R VII, 378; RG GA 39/232; ferner Meves, S. 286; Hempfing, S. 112/113; Rintelen, S. 314; Bennecke, S. 793; Stenglein, Komm. S. 667 Anm. 5; Daude, S. 254 § 393 Anm. 49 Abs. IV.
 - 2) RG 4, 140; v. Kries, Rechtsmittel, S. 105; ausführlich v. Katz, S. 584 ff.
 - 3) Vgl. RG 26, 167; 67, 236; Bennecke-Beling, S. 439; Schlager, S. 739; Binding, S. 293; Schneider, S. 96.
 - 4) Vgl. BGH in L. -M. Nr. 4 zu § 74 StGB; BGH 1, 252; 7, 323; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 353 Anm. 4; Schönke-Schröder, § 74 Anm. VII; Leipz. Komm., § 74 Anm. 5, 7; Kohlrausch-Lange, § 74 Anm. V; Maurach, Lehrb. Allgem. Teil, S. 640, 644; Schwarz, Komm. z. StGB § 74 Anm. 2 Bb; KMR § 344 Anm. 4.

Allerdings hat dieser Grundsatz bisher in zwei Fällen eine Ausnahme gefunden. Beschränkt z. B. der Beschwerdeführer sein Rechtsmittel auf eine oder einige von mehreren Einzelstrafen und stellt das Rechtsmittelgericht bei seiner Prüfung fest, daß die Tatsache der Realkonkurrenz als solche die Ausmessung der Einzelstrafen beeinflußt hat, so ist die Teilanfechtung nicht wirksam. Das Obergericht ist an diese Beschränkung nicht gebunden, es darf auch die nicht angegriffenen Einzelstrafen überprüfen und gegebenenfalls aufheben (1). Dasselbe muß natürlich - wie oben bei Tateinheit ohne Gesamtstrafe - gelten, wenn irrtümlich Tateinheit statt Tateinheit angenommen worden ist.

Für einen interessanten Fall, der im bisherigen Schrifttum noch nicht behandelt worden ist, hat der Bundesgerichtshof (2) eine weitere Ausnahme zugelassen: Wenn nämlich der Beschwerdeführer bei einer Gesamtstrafe sein Rechtsmittel auf eines oder mehrere Delikte beschränkt hat und das Rechtsmittelgericht stellt fest, daß andere nicht angegriffene Delikte verjährt sind, so darf es über die Rechtskraft dieser anderen Verurteilungen hinweggehen und das Verfahren insoweit einstellen. Auf diese Entscheidung wird noch an anderer Stelle näher einzugehen sein.

b) Zu untersuchen bleibt jetzt noch, ob nur die Frage der Gesamtstrafe allein abgetrennt und nachgeprüft werden kann, dergestalt, daß sämtliche Einzelstrafen rechtskräftig werden und unabänderlich feststehen. Die Lösung kann nicht mehr zweifelhaft sein, wenn man das oben Ausgeführte über Wesen und Verhältnis der Gesamtstrafe und der Einzelstrafen noch einmal überblickt. Danach sind die Einzelstrafen selbständige, richterliche, der Rechtskraft fähige Aussprüche, während die Gesamtstrafe eine richterliche Entscheidung über die Modalität der Vollstreckung ist. Auf dem Boden dieser Erkenntnis ergibt sich der Schluß, daß die Prüfung der Gesamtstrafe als solche abgespalten werden kann und gesonderter Beurteilung zugänglich ist. Die Selbständigkeit der Einzelstrafen bringt es mit sich, daß zwischen diesen und der Gesamtstrafe kein untrennbarer Zusammenhang besteht.

Eine Beschränkung nur hinsichtlich der Gesamtstrafe ist dabei auf zweierlei Weise möglich. So kann der Angeklagte rügen, daß überhaupt keine Gesamtstrafe ausgesprochen ist, obwohl eine solche hätte gebildet werden müssen. Umgekehrt kann die Staatsanwaltschaft geltend machen, es sei fälschlich eine Gesamtstrafe fest-

-
- 1) Vgl. RG 25, 297 (310); 35, 65; BGH 1, 252; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 353 Anm. 4; Schwarz, Komm. z. StGB § 74 Anm. 2 b b; Leipz. Komm., § 74 Anm. 7; Kohlrausch-Lange, § 74 Anm. V.
 - 2) BGH 8, 269 = NJW 1956/110 = JZ 1956/417 = JR 1956/66 = L.-M. Nr. 7 zu § 67 StGB = DRiZ 1956, Rechtspr. S. 53 Nr. 295.

gesetzt worden. Hierher gehören aber auch die Fälle, in denen bemängelt wird, daß die Gesamtstrafe unrichtig, d. h. nicht gemäß der in § 74 StGB vorgeschriebenen Weise gebildet worden ist. Z. B. rügt der Beschwerdeführer, das Gericht habe nicht die verwirkte schwerste Einzelstrafe herangezogen. In all diesen Fällen wird also die Bildung bzw. die Nichtbildung der Gesamtstrafe als solche angegriffen. Ein derart eingelegtes Rechtsmittel berührt die ausgeworfenen Einzelstrafen nicht. Sie bleiben unangefochten und erwachsen in Rechtskraft. Der Rechtsmittelrichter hat sie als feststehend hinzunehmen. Sein Prüfungsrecht erstreckt sich nur in Richtung auf die Gesamtstrafe (1).

Weiterhin kann aber auch die Bemessung der Gesamtstrafe angefochten werden. Damit bekämpft der Appellant nicht wie im vorhergehenden Falle eine vorschriftswidrige Bildung der Gesamtstrafe, sondern er beschränkt sein Rechtsmittel darauf, daß das Gericht innerhalb des ihm zur Verfügung stehenden Spielraumes (2) die Gesamtstrafe zu hoch oder zu niedrig bemessen habe. Im Grunde genommen handelt es sich hier um eine Beschränkung auf das Strafmaß im Rahmen der Gesamtstrafe. Der Rechtsmittelführer gibt durch eine solche Teilanfechtung zu erkennen, daß er die festgesetzten Einzelstrafen annimmt, daß er aber auf Grund dieser Einzelstrafen eine andere Bemessung der Gesamtstrafe begehrt und für angemessen hält. Auch diese Beschränkung ist möglich und wirksam. Sie berührt die Einzelstrafen, insbesondere deren Strafmaß, nicht. Das Strafmaß der Einzelstrafen ist nicht untrennbar mit dem der Gesamtstrafe verwoben. Denn die Ausmessung der Gesamtstrafe entspringt einem völlig selbständigen Denkprozeß des Richters, bei dem er die ausgebrachten Einzelstrafen einfach übernimmt und nicht mehr auf ihre Angemessenheit nachprüft (3).

-
- 1) So auch RG 37, 284/285; 40, 274/275; 49, 91. Ferner v. Katz, S. 583, 586/587; v. Kries, Lehrb. S. 661, 683; Stenglein, Komm. S. 554; Schlayer, S. 740; Schneider, S. 96; Heslenfeld, S. 307; Niederreuther in JW 1934/2435; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 30; Meyer, S. 139 will das Prüfungsrecht des Rechtsmittelgerichts dann weiter ziehen, wenn dieses erkennt, daß ein Einzeltatbestand gar nicht unter eine Strafnorm fällt; eine Begründung für diese Ausnahme gibt Meyer nicht an.
 - 2) Bekanntlich darf der Richter die Gesamtstrafe innerhalb einer bestimmten Ober- und Untergrenze nach eigenem Ermessen festsetzen. Das Minimum ist die Ein-satzstrafe plus kleinste Strafeinheit, das Maximum ist die Summe der Einzel-strafen minus der kleinsten Strafeinheit.
 - 3) Damit übereinstimmend Keller, S. 472; v. Katz, S. 586/587; Meyer, S. 139; Schlayer, S. 740; Heslenfeld, S. 307; ausführlich Eckstein, S. 354/355; v. Kries, Rechtsmittel, S. 110, nimmt ohne nähere Begründung das Gegenteil an, während v. Schwarze in HH S. 283, vermittelnd meint, die

ERSTER HAUPTTEIL

Die Trennbarkeit der drei Haupturteilsbestandteile, insbesondere die Abtrennung der Straffrage

I. ALLGEMEINES

Haben sich die bisherigen Erörterungen gewissermaßen im Vorfeld der Problematik um die Teilrechtskraft bewegt, so rücken nunmehr die Kernfragen zur Beantwortung heran. Denn es gilt jetzt zu prüfen, ob und wie weit ein Urteil bei nur einer Tat und nur einem Täter in selbständige Teile zerlegt werden kann. Es geht mithin um die Frage, welche Urteilelemente in diesem Rahmen einer Abtrennung und Teilrechtskraft zugänglich sind. Dabei sollen im Zuge dieses Abschnitts nur die drei großen Hauptbestandteile eines Urteils behandelt werden. Es sind dies die Schuldfrage, die Straffrage und die Kostenfrage. Nur ihre Stellung zueinander soll zunächst Gegenstand der folgenden Untersuchung sein. Handelt es sich doch bei ihnen um die Teile, die im Urteilsspruch ihren sichtbarsten Ausdruck finden.

Will man Zusammenhang und Trennbarkeit dieser drei Bestandteile prüfen, so erscheint es vorweg angezeigt, ihre Reihenfolge zu bestimmen, in der sie vom Richter nacheinander behandelt werden. Denn der vom Gericht verkündete einheitliche Urteilsspruch ist bekanntlich das Ergebnis einer Kette von Denkopoperationen, die logisch aufeinander aufbauen und daher in einer bestimmten Reihenfolge vorgenommen werden müssen.

Als erstes hat das Gericht die Schuldfrage zu prüfen. Ist das Gericht dann zu einem bestimmten Schuldspruch gelangt, so steht damit erst das "schuldig" an sich fest. Über das Maß dieser Schuld ist dadurch noch nichts ausgesagt. Der Grad der Schuld, also ihre Schwere, fordert daher vom Gericht eine gesonderte Untersuchung. Diese findet ihren Niederschlag in der Höhe der ausgeworfenen Strafe. Auf Grund dieser beiden Teile setzt sodann das Gericht die Kosten

tatsächlichen Feststellungen und die rechtliche Beurteilung der Einzelstrafen bleiben bestehen, dagegen werde die Strafzumessung der einzelnen Delikte miterfaßt.

fest. Das Ergebnis dieser Überlegungen teilt der Richter am Ende in Form des einheitlichen Urteilsspruches mit.

Nachdem diese drei Bestandteile in der Reihenfolge Schuldfrage - Straffrage - Kostenfrage aufeinander aufbauen, ergibt sich, daß der jeweils folgende Teil erst geprüft werden darf, wenn über den vorhergehenden entschieden ist. Wendet man diesen Grundsatz des Folgezwangs auf die Trennbarkeit dieser drei einzelnen Teile im Rechtsmittelverfahren an, so läßt sich immerhin schon ein wichtiges Ergebnis gewinnen, nämlich: Wird einer dieser drei Teile herausgegriffen und angefochten, so werden davon jedenfalls alle ihm nachfolgenden Teile - soweit solche vorhanden - miterfaßt. Denn ohne jenen können diese nicht mehr existieren, sie hängen in der Luft (1).

Einfach wäre es freilich, wenn sich aus dem soeben gefundenen Resultat der Gegenschluß ziehen ließe, nämlich daß alle die Teile von der Anfechtung nicht berührt werden, die vor dem angegriffenen Teil liegen, weil sie auf ihm nicht aufbauen. Ein solches argumentum e contrario ist jedoch falsch. Richtig ist hieran nur, daß die davor liegenden Teile nicht auf dem angefochtenen aufbauen. Dies schließt aber nicht aus, daß die vorhergehenden Teile auf Grund anderer Zusammenhänge mit dem angegriffenen verbunden sein und dadurch von dem beschränkten Rechtsmittel mit erfaßt werden können.

Es ist somit festzuhalten, daß nach dem Grundsatz des Folgezwangs bei Beschränkung des Rechtsmittels auf einen der drei genannten Urteilsbestandteile jedenfalls die nachfolgenden Teile als mitangefochten erachtet werden müssen.

Gänzlich unproblematisch ist dabei die gesonderte Anfechtung der Kostenfrage. Daß es sich bei ihr um einen trennbaren Urteilsteil handelt, liegt auf der Hand. Ein untrennbarer Zusammenhang zwischen ihr und den anderen Entscheidungsbestandteilen besteht nicht. Die Auferlegung der Pflicht zur Kostentragung ist ein bloßer Ausfluß, sozusagen eine vom Gesetzgeber bestimmte Begleiterscheinung des Urteilsspruches. Ob der Ausspruch über die Kostenlast den gesetzlichen Vorschriften entspricht oder nicht, kann völlig selbständig geprüft werden. Dies hat überhaupt nichts damit zu tun, ob die sachliche Verurteilung durch das Gericht falsch oder richtig ist. Außer der Tatsache, daß der Kostenausspruch einerseits und der Schuld- und Strafausspruch andererseits im Rahmen einer gemeinsamen Entscheidung ergehen, verbindet sie nichts miteinander. Rechtsprechung und Rechtslehre haben dies wohl als ziemlich selbstverständlich hingenommen und der

1) Vgl. oben S. 14 und die dortigen Literaturhinweise bei Fußnote 2 .

Frage meist nur beiläufige Beachtung geschenkt (1).

Kaum mehr Schwierigkeiten als die Abtrennung des Kostenausspruchs bereitet die Frage, ob der Schuld ausspruch allein angefochten werden kann. Die Gedankenreihe des Richters bei Abfassung eines Urteils beginnt mit der Prüfung der Schuldfrage. Diese ist präjudiziell für den Strafausspruch und den Kostenpunkt. Die letztgenannten bauen auf der Schuldfrage auf. Greift der Angeklagte allein den Schuldspruch an, so ist eine solche Beschränkung unwirksam. Nach dem oben beschriebenen Grundsatz des Folgezwangs erstreckt sich diese Anfechtung auch auf Straf- und Kostenfrage. Eine Rechtskraft dieser beiden Teile kann nicht eintreten. Andernfalls ergäbe sich die unhaltbare Situation, daß ein rechtskräftiger Strafausspruch vorliegt, ohne daß feststeht, wofür diese Strafe eigentlich verhängt ist. Vollends schief würde das Bild, wenn der Obergericht zu dem Ergebnis käme, daß der Angeklagte überhaupt nicht schuldig ist. Dann wäre ein völlig sinn- und zweckloser Strafausspruch vorhanden, der im luftleeren Raum hinge. Auf der anderen Seite mag es natürlich vorkommen, daß der Rechtsmittelrichter die Tat des Angeklagten einer schwereren Deliktstnorm unterstellt, was ihm durch die §§ 331, 358 Abs. 2 StPO keineswegs verwehrt ist. Hier darf allerdings die Strafzumessung nicht zu Ungunsten des beschwerdeführenden Angeklagten geändert werden, weil eben das Verbot der Schlechterstellung eine härtere Strafe verbietet. Wollte man hieraus eine mögliche Abtrennung der Schuldfrage und damit die Rechtskraft der Straffrage ableiten, so wäre der Grundsatz der *reformatio in pejus* mißverstanden worden. Denn es würde nichts daran ändern, daß zunächst der rechtskräftige Strafausspruch isoliert stünde, bis über die Schuldfrage entschieden wäre. Nichts anders liegt es umgekehrt bei einem Rechtsmittel der Anklagebehörde. Auch sie kann gegen einen Freispruch nicht einseitig vorgehen, indem sie nur eine Schuldigsprechung des Angeklagten fordert, es aber bei seiner Straflosigkeit beläßt. Ebenso wenig kann der Staatsanwalt bei Verurteilung eine Verschärfung des Schuldspruches verlangen und gleichzeitig das Strafmaß von seinem Rechtsmittelbegehren ausnehmen.

1) Z. B. RG R IV, 322; VI, 57; RG 6, 237; 33, 17 (21); 49, 58; BayObLGSt 1951/432 = NJW 1952/155; Bennecke, S. 740/741; Birkmeyer, S. 710 b; Bennecke-Beling, S. 440; Binding, S. 257 d; Eckstein, S. 353; Löwenstein, S. 5; Gerland, Lehrb. S. 396; Niederreuther in JW 1934/2435; Meister, S. 715 unten; Erbs, Komm. z. StPO § 464 Anm. III; Schwarz, Komm. zur StPO § 464 Anm. 1 B; KMR, § 464 Anm. 3 a; Löwe-Rosenberg, 19. Aufl. § 464 Anm. 8; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 50.

Nun lassen sich freilich Fälle konstruieren, in denen sich der Verurteilte beispielsweise beim Strafausspruch beruhigt und ihn als gerecht hinnimmt, diese Strafe aber nicht wegen Diebstahls, sondern wegen Unterschlagung zudiktiert haben möchte. In der Tat scheint hier auf den ersten Blick eine Abtrennung nur der Schuldfrage möglich. Und doch vermag eine solche Konstruktion die bisher dargelegte Auffassung nicht zum Einsturz zu bringen. Denn sie übersieht, daß es nicht auf eine tatsächliche Trennungsmöglichkeit im Einzelfalle ankommt, sondern auf die begriffliche Trennbarkeit. Nicht allein die willkürliche und unter subjektiven Momenten gewählte Teilung des Beschwerdeführers bestimmt die Wirksamkeit der Trennung, sondern die begriffliche Teilbarkeit. Danach aber gibt es keine Appellation gegen die Schuldfrage allein.

Aus denselben Gründen ist es auch dem Revisionsgericht versagt, lediglich den Schuldspruch aufzuheben und ihn zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es geht nicht an, daß das Revisionsgericht lediglich den Schuldspruch kassiert und die Strafzumessung bestehen läßt. Dies wollen der OGH (1) und ihm folgend Kleinknecht - Müller - Reitberger in ihrem Kommentar (2) dann nicht gelten lassen, wenn bei zulässiger Schuldspruchänderung "der anzuwendende Strafraum der gleiche bleibt und auch die der Strafzumessung zu Grunde liegenden Tatsachen in keiner Weise verändert sind"; wenn es also ausgeschlossen ist, daß der Angeklagte "gegenüber dem veränderten Schuldvorwurf irgendeine neue tatsächliche Verteidigung vorbringen könnte". Dem kann allerdings nicht mit dem Einwand begegnet werden, daß hier ein rechtskräftiger Strafausspruch ohne Schuldspruch vorliegt. Denn es erfolgt keine Zurückverweisung des Schuldspruchs an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung, sondern das Revisionsgericht ersetzt - unter Aufrechterhaltung des Strafmaßes - den aufgehobenen Schuldspruch selbst durch einen neuen. Trotzdem widersetzt sich Schwarz (3) dieser Auffassung, da sie verkenne, daß der Strafausspruch auf Grund ganz bestimmter nur dem Tatrichter zugänglicher Ermessensabwägungen genau auf den früheren Schuldspruch abgestimmt war. Verändert das Revisionsgericht diesen Schuldspruch, so reißt es damit die Fundamente ein, auf denen der Strafausspruch aufgebaut war. In der Regel wird dann der neue Schuldspruch nicht mehr zum alten Strafmaß passen (4). Ob vielleicht in einzelnen Fällen der vom Revisionsgericht neu gefügte Unterbau die alte Strafzumessung doch trägt, wird mitunter nur der Tatrichter prüfen können. Denn der komplizierte Oberbau der Strafzumessungsgründe ist eine Ermessensentscheidung auf Grund vielfältiger tatsächlicher Feststellungen, die das Revisionsgericht nicht selbst vornehmen darf (5).

1) OGH 1, 303 = NJW 1949/354. 2) § 354 Anm. 3.

3) in Komm. z. StPO § 353 Anm. 1 A.

4) Vgl. Wimmer in MDR 1948/72. 5) Einer abschließenden Behandlung des Pro-

Es muß also dabei bleiben, daß die Schuldfrage für sich nicht wirksam angefochten oder aufgehoben werden kann. Eine alleinige Rechtskraft des Strafausspruches ist daher nicht denkbar. Stets wird dieser von dem Zugriff auf die Schuldfrage miterfaßt. Eine alleinige Abtrennung des Schuldausspruches ist deshalb nicht möglich.

Bei allem Streit in Fragen der Teilrechtskraft ist dieser Standpunkt auch vom Schrifttum wohl ziemlich einhellig vertreten worden (1). Die Auffassung der Rechtsprechung (2) geht ebenso übereinstimmend in diese Richtung, obgleich diese Frage in keiner Entscheidung näher behandelt und begründet wird. Diese spärliche und nebensächliche Behandlung läßt sogar den Schluß zu, daß das Reichsgericht diese Ansicht als selbstverständlich betrachtet hat.

II. DIE GRUNDSÄTZLICHE TRENNBARKEIT DER STRAFFRAGE

1. Rechtfertigung dieser Trennbarkeit

Mit der Prüfung einer möglichen Trennbarkeit der Straffrage rückt ein Problem zur Erörterung heran, das wohl als Ausgangs- und zugleich Zentralisationspunkt der Lehre von der Teilrechtskraft bezeichnet werden kann. Hier war der Ort, an dem die Meinungen am schärfsten aufeinander prallten, um schließlich in der Frage zu gipfeln, ob eine gesonderte Prüfung und Beurteilung der Straffrage möglich ist oder nicht. Zwischen den bedingungslosen Befürwortern und Gegnern einer solchen Trennbarkeit bekämpften sich zahlreiche vermittelnde Auffassungen, die für Zwischenlösungen in allen Spielarten eintraten. Eine interessante und instruktive Übersicht über die Vielfalt der Meinungen ist bei Hegler (3) zu lesen. Seit sich jedoch unter der Führung des Reichsgerichts die Ansicht von der Trennbarkeit des Strafausspruchs durchgesetzt hat, mutet der Schauplatz der ehemals heftigen Diskussionen etwas verlassen an. Während die Abtrennung der Straffrage heute von der herrschenden Meinung grundsätzlich bejaht wird, hat sich der Schwerpunkt der Debatten nunmehr auf die Frage verlegt, welche Ausnahmen von diesem Grundsatz zu machen sind und in welchen Fällen eine Durchbrechung der

Forts.: blems der "Schuldspruchauswechslung" bedarf es hier allerdings nicht. Dadurch, daß das Revisionsgericht selbst einen neuen Schuldspruch festsetzt, wird die Frage der Trennbarkeit gar nicht aktuell (vgl. im übrigen Eb. Schmidt, Lehrkomm. §§ 353-355, Randnote 51).

- 1) Vgl. v. Schwarze, Komm. S. 513 § 368 Anm. 4; ders. in HH S. 283 b; v. Bomhard-Koller, § 368 Anm. 1; Geyer, S. 811; Dorendorf, § 368 Anm. 3; Keller, S. 472 § 368 Anm. 1 c; Stenglein, Lehrb. S. 388; ders. Komm. S. 554 § 368 Anm. 1; Rintelen, S. 306; Ullmann, S. 596; (Forts.)

für den Schuldspruch eingetretenen Rechtskraft möglich ist. So sind vor allem in letzter Zeit Versuche unternommen worden, die Abweichungen von diesem Grundsatz zu ordnen und in ein gewisses System zu bringen (1). Zuvor scheint es jedoch angezeigt, einige grundsätzliche Gesichtspunkte bei der Abtrennung der Straffrage herauszustellen.

Die in der Rechtslehre herrschenden vielfältigen Meinungen spiegelten sich während der 80er und 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts auch in der Rechtsprechung der oberen Gerichte wider (2). Einen ersten Wendepunkt brachte der Plenarbeschluß des Reichsmilitärgerichts in RMG 8, 115 ff. Darin wurde grundsätzlich eine Abspaltung der Straffrage bejaht, mit der Wirkung, daß der Schuldausspruch rechtskräftig wird und für das obere Gericht bindend bleibt. Dem folgend verließ auch das Reichsgericht den bisher schwankenden Boden und trat - beginnend mit den Entscheidungen RG 42, 30, 242 und 45, 149 - für eine regelmäßige Abtrennung des Strafausspruchs ein. In der Folgezeit wurde diese Rechtsprechung vom Reichsgericht und später auch vom Bundesgerichtshof beständig untermauert und konsequent beibehalten. Gelegentliche Abweichungen ergaben sich nur im Zusammenhang mit der Zurechnungsunfähigkeit (3). Sie blieben jedoch vereinzelt und wurden vom Reichsgericht mit der besonderen Lage des Falles begründet. Obwohl auch in späteren Jahren die Gegenstimmen (4) im Schrifttum nie ganz verstummt waren, stellte sich die überwiegende Mehrheit doch auf die Seite der Rechtspre-

Forts.: Bennecke, S. 741; Bennecke - Beling, S. 441; Meyer, S. 133; Schlayer, S. 715; Binding, S. 256 d; Oetker, S. 446; Schneider, S. 90; Eckstein, S. 361/362; Heslenfeld, S. 307; Zitzlaff, S. 406/407; Wimmer in MDR 1948/72; Schwarz, Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 B b bb; Löwe - Rosenberg (Jagusch), § 327 Anm. 3, § 354 Anm. 6a; KMR, § 327 Anm. 2b, § 344 Anm. 4; Erbs, Komm. z. StPO § 353 Anm. II a; § 354 Anm. III, IV; Henneke in GA 1956/42; Gage - Sarstedt, S. 46; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 17.

2) Vgl. RG 64, 17 (21), 65, 60 (62); OLG Hamm in NJW 1954/613.
3) in JW 1923/426 ff.

- 1) Vgl. Meister, S. 712 ff.; Peters, S. 390 ff.; Spengel in ZStrW 67/556 ff.
- 2) Vgl. einerseits RG R I, 366; V, 663; RG 5, 186; 22, 214; 25, 397; 29, 331; andererseits RG 20, 411; 37, 284; 40, 274; BayObLGSt 5, 118; KG in GA 55/122.
- 3) Vgl. RG in HRR 1934 Nr. 1417; RG v. 11. 6. 1934 in JW 1934/2913; RG v. 24. 7. 1934 in JW 1934/2913; siehe dazu den Aufsatz von Weber in JW 1934/2885.
- 4) Vgl. Gerland, Lehrb. S. 396; v. Dohna, S. 197/98; v. Hippel, S. 578/79; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnoten 26, 28, 42 ff.

chung und hat dieser bisher die Gefolgschaft nicht versagt. In diesem Zusammenhang verdient vor allem Beling Erwähnung, der als temperamentvoller Vorkämpfer und Verfechter einer Teilrechtskraft in weitestem Umfange nie müde wurde, in zahlreichen Abhandlungen (1) die Trennbarkeit der Straffrage immer wieder zu betonen und gegen Angriffe zu verteidigen. So sind sich heute Rechtsprechung (2) und Rechtslehre (3) darin einig, daß eine Absonderung der Straffrage zu alleiniger Beurteilung und Prüfung grundsätzlich möglich ist.

Die Meinungsverschiedenheiten in Fragen der Teilrechtskraft und hier vor allem bei der Trennbarkeit der Straffrage rühren in vielen Fällen davon her, daß verschiedene Faktoren miteinander vermischt werden, die nach richtiger Auffassung streng geschieden werden müssen. So werden für die Frage der Trennbarkeit häufig Gründe ins Feld geführt, die mit dieser gar nichts zu tun haben. Dies wiederum hat seinen Ursprung darin, daß oft zwei Komplexe miteinander vermengt werden, die dogmatisch scharf zu trennen sind: nämlich einerseits die Frage nach der möglichen Trennbarkeit des angefochtenen Teils und andererseits die Frage nach der möglichen Durchbrechung dieser Trennung und der dadurch entstandenen Teilrechtskraft. Beides sind völlig verschiedene Dinge. Sie haben nichts miteinander zu tun. Erscheint in besonderen Fällen ein Hinweggehen über die vorgenommene Abtrennung und damit ein Durchbruch durch die eingetretene Teilrechtskraft notwendig, so ergibt sich daraus noch kein Grund, die Trennbarkeit von vornherein zu verneinen. Diese zunächst unklar und spitzfindig anmutende Differenzierung mag an Hand eines praktischen Beispiels erläutert werden:

-
- 1) Z. B. Bennecke - Beling, S. 440; ZStrW 24/273; ZStrW 38/637; GA 63/163 ff.; Beling, Lehrb. S. 338/39.
 - 2) Vgl. z. B. BGH 5, 252; 7, 283; JZ 1951/344; NJW 1951/893; OGH 1, 119; 2, 149; 2, 203; 2, 389; Bay. ObLGSt 1953/263; KG in VRS 8, 462; OLGe Celle in VRS 10, 210; Hamm in HEST 2, 213; NJW 1954/613; VRS 8, 310; Köln in NJW 1955/1333; Oldenburg in NJW 1955/233.
 - 3) Erbs, Komm. z. StPO, § 318 Anm. V; Schwarz, Komm. zur StPO § 327 Anm. 1 B a, § 344 Anm. 2, § 353 Anm. 1 A; KMR, § 318 Anm. 3 b (dd), § 327 Anm. 3 c (aa), § 344 Anm. 4, § 353 Anm. 5; Löwe - Rosenberg (Jagusch), der dies direkt gar nicht mehr betont, sondern in seinen Anmerkungen zu §§ 318, 327, 344 u. 352 stillschweigend davon auszugehen scheint; ferner Dallinger - Lackner, § 30 Anm. 11, Vorbem. vor § 55 Anm. 1; Henkel, S. 428, 450; Peters, S. 390 stellt auf Einzelfälle ab; Kern, Kurzlehrb. S. 177, 192, 194; Dalcke, § 327 StPO, S. 1359; Wimmer in MDR 1948/72; Hartung in SJZ 1949/66; Meister, S. 712 ff.; Spendel in ZStrW 67/556 ff.; (Forts.)

Der wegen Körperverletzung zu zwei Monaten Gefängnis verurteilte Angeklagte legt allein gegen die Höhe der Strafe Berufung ein. Er begründet diese damit, daß es sich nur um eine geringfügige Keilerei gehandelt habe, in der sein Gegner von ihm nicht nennenswert verletzt worden sei. Die Höhe der Strafe entspreche deshalb nicht dem Maß seiner Schuld. Nach Eingang der Berufungsschrift und ihrer Begründung wird das Berufungsgericht zunächst einmal prüfen, ob die Beschränkung klar und eindeutig erklärt ist, ob also der Berufungsführer wirklich eine Einschränkung seines Rechtsmittels gewollt hat. Ist dies der Fall, so muß untersucht werden, ob diese Teilanfechtung auch wirksam ist, d. h. ob hier eine Beschränkung nur auf die Straffrage möglich und damit Rechtskraft des Schuldspruchs eingetreten ist (1). Das Berufungsgericht wird im vorliegenden Falle zur Beantwortung dieser Frage kaum den gesamten Akteninhalt heranziehen; denn es hat hier keinen Anlaß, die Wirksamkeit der Beschränkung anzuzweifeln. Ergeben sich für das Berufungsgericht keine Zweifel an der Wirksamkeit der Strafmaßbeschränkung, so ist diese damit wirksam und für das Rechtsmittelgericht bindend geworden. Für den nicht angegriffenen Schuldspruch tritt Teilrechtskraft ein, die das Berufungsgericht beachten muß und die ihm eine Nachprüfung dieses Urteilsbestandteiles unmöglich macht. Auf dieser Grundlage befaßt sich das Berufungsgericht sodann mit dem Akteninhalt, bereitet die Berufungsverhandlung vor und führt diese durch. Angenommen, es stellt sich aber nun in der Hauptverhandlung zweiter Instanz bei der Vernehmung des Angeklagten und der Zeugen heraus, daß der Angeklagte von seinem Gegner zuerst angegriffen worden ist und sich daher in einer Notwehrlage befunden hat, die die Rechtswidrigkeit aufhebt. Das Gericht könnte - was aber aus anderen Gründen nicht zulässig ist - jetzt allenfalls prüfen, ob es sich über die Beschränkung hinwegsetzen und die für den Schuldspruch entstandene Rechtskraft durchstoßen darf. Es kann aber nicht mehr die Beschränkung als unwirksam ansehen und die Trennbarkeit verneinen, mit der Begründung, daß zwischen Schuld- und Strafausspruch in diesem Falle ein untrennbarer Zusammenhang besteht. Ein solches Übergreifen auf den Schuldspruch könnte jetzt nur noch in Form einer Durchbrechung der entstandenen Teilrechtskraft geschehen, aber nicht mehr auf Grund einer nachträglichen Ablehnung und Rückgängigmachung der anfänglich bejahten Trennbarkeit. Ist die Möglichkeit der Absonderung einmal gegeben, dann ändern auch solche späteren Feststellungen daran nichts mehr. Die Abtrennung kann nicht nachher wieder umgestoßen werden. Ein Urteilsteil ist entweder trennbar oder er ist es eben nicht.

Forts.: Weigelt, S. 72; Niethammer in JZ 1955/429 als Urteilsanmerkung zu BGH JZ 1955/428; Klein knecht in MDR 1955/434 als Urteilsanmerkung zu BGH MDR 1955/433; Krumme in L. -M. Nr. 8 zu § 264 StPO als Urteilsanmerk. zu BGH L. -M. Nr. 8 zu § 264 StPO.

1) Vgl. RG 64, 17 (21); OLG Hamm in NJW 1954/613 mit weiteren Hinweisen. Die entstandene Teilrechtskraft ist ein Prozeßhindernis, das von jedem Rechtsmittelgericht von Amts wegen zu beachten ist.

Man kann nicht in einem Falle die Trennbarkeit gleichzeitig bejahen und sie dann wieder verneinen. Dies beweist, daß die Frage nach der Trennbarkeit schon vorher gestellt und geprüft werden muß, nämlich bei der Beschränkung selbst. Sie ist also scharf zu unterscheiden von der Durchbrechung der Trennbarkeit und der damit verbundenen Rechtskraft. Diese folgt in der Gedankenkette des Richters erst später. In diesem Zeitpunkt ist über die Wirksamkeit der Beschränkung und die Möglichkeit der Abtrennung bereits entschieden. Es kann sich danach nur noch die Frage stellen, ob über die wirksame Beschränkung hinweggegangen werden darf. Daraus ergibt sich der logische Schluß, daß irgendwelche Faktoren, die eine Durchbrechung der Rechtskraft nahelegen könnten, niemals für die Möglichkeit der Abtrennung entscheidend sein dürfen. Ein Ergebnis, das - soweit ersichtlich - bisher nirgends scharf genug herausgearbeitet worden ist und deshalb die Klärung der Probleme unnötig erschwert hat.

Einer dieser Gründe, die eine Durchbrechung der Rechtskraft angezeigt erscheinen lassen könnten, ist das Streben nach einer gerechten Entscheidung. So mag es in dem obengenannten Beispiel für den Berufungsrichter eine Zumutung bedeuten, an den als falsch erkannten Schuldspruch durch die Teilrechtskraft gebunden zu sein. Auf die Möglichkeit solcher Durchbrechungen soll jedoch erst weiter unten eingegangen werden.

Nun wird aber gerade in vielen Fällen das Bemühen um materielle Wahrheit als Kriterium gegen die Trennbarkeit benützt. Es heißt dann, das Interesse an einem gerechten Urteil bedinge einen untrennbaren Zusammenhang und stehe einer Trennungsmöglichkeit im Wege. Im Grunde genommen lassen sich sogar fast alle Argumente gegen eine Trennbarkeit der Straffrage auf dieses Streben nach dem "fiat justitia" zurückführen. Das gilt für alle Anhänger dieser Richtung, mögen sie die Absonderung des Strafausspruchs grundsätzlich (1) oder nur im konkreten Einzelfalle (2) verneinen. Untersucht man nämlich die Ausführungen der Vertreter dieser Richtung genauer, so ergibt sich als letzter und entscheidendster Grund für ihre Abneigung gegen die Isolierung der Straffrage fast immer das Interesse an einer gerechten Wahrheitsfindung. Daß dieses Motiv dann mit einer mehr oder weniger überzeugenden juristischen Beweisführung untermauert wird, ändert dar-

-
- 1) Z. B. v. Kries, Rechtsmittel, S. 100 ff.; ders. Lehrb., S. 658 ff.; Schlayer, S. 717 ff.; Gerland in GS 69/339; ders. Lehrb. S. 396; Zitzlaff, S. 403 ff.; Wurzer, S. 1674. Gleiches gilt auch für vermittelnde Konstruktionen; z. B. Schneidler, S. 85 ff., der eine Beschränkung auf der Grundlage der *clausula rebus sic stantibus* annehmen will.
 - 2) Z. B. Graf Dohna, S. 197; v. Hippel, S. 578; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 31 8 Randnoten 26, 28, 42 ff.

an nichts. Damit soll letztlich nur eine juristische Befestigung der ursprünglichen Grundhaltung bezweckt werden. Dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß im Grunde genommen nur das Ziel eines gerechten Urteils die Anhänger dieser Meinung daran hindert, den Grundsatz der Trennbarkeit der Straffrage anzuerkennen.

So verständlich diese Auffassungen sind, so sehr gehen sie an den wirklichen Gegebenheiten vorbei. Es soll hier keineswegs bestritten werden, daß die Erforschung der materiellen Wahrheit das oberste Prinzip und das höchste Ziel eines Strafprozesses ist und bleiben muß. Doch kann diesem Grundsatz dort nicht das Geld geräumt werden, wo es auf andere Gesichtspunkte ankommt. Darüber hinaus sind die durchaus aner kennenswerten Auffassungen der oben genannten Richtung letzten Endes eben doch von emotionalen Erwägungen bestimmt. Das Gerechtigkeitsempfinden dieser Autoren vermag sich nicht damit abzufinden, daß eine Rechtsmittelbeschränkung und die dadurch entstandene Teilrechtskraft in manchen Fällen widerspruchsvolle Ergebnisse zeitigen. Sie versuchen deshalb, das Prinzip der materiellen Wahrheit als Bindeglied zwischen Schuld- und Straffrage zu benutzen und dadurch einen untrennbaren Zusammenhang dieser beiden Urteilsbestandteile herbeizuführen. Auf diesem Wege kommen sie zu einer Verneinung der Abtrennung überhaupt, oder zu ihrer Ausschaltung dann, wenn die Gerechtigkeit in Gefahr ist (1). Sie weichen dadurch dem schwierigen Problem einer Durchbrechung der Rechtskraft aus. Denn erst bei der Durchbrechung der Rechtsmittelbeschränkung und der Teilrechtskraft stellt sich mit unerbittlicher Schärfe die Alternative: hie Rechtskraft - hie Gerechtigkeit! Erst hier stehen sich die beiden Prinzipien unausweichlich gegenüber, so daß die Entscheidung zugunsten des einen oder anderen fallen muß. Die Gegner einer grundsätzlichen Trennbarkeit der Straffrage umgehen diesen Konflikt, indem sie den Grundsatz der Wahrheitsermittlung vorverlegen und ihn dadurch zu einem Kriterium für die Trennbarkeit erheben.

Diese Auffassung ist aber falsch. Denn sie übersieht, daß Gerechtigkeits erwägungen, so wichtig sie auch sein mögen, niemals von Einfluß auf die Trennbarkeit von Entscheidungsbestandteilen sind. Der vom Reichsgericht für maßgebend erklärte innere Zusammenhang wird nicht durch solche Gerechtigkeits erwägungen dokumentiert. Für ihn gelten andere Maßstäbe, die auf der Ebene des Logisch-Begriff-

1) Ganz deutlich betont dies neuestens Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 44, wenn er - im Anschluß an v. Hippel - meint, man könne der Problematik nur dadurch beikommen, "daß man die Beachtlichkeit einer Berufungsbeschränkung abhängig macht nicht nur von der logischen und juristisch-begrifflichen Abtrennbarkeit des angefochtenen Entscheidungsteils, sondern auch davon, daß für den Berufsrichter die Möglichkeit einer auf Wahrheit beruhenden gerechten Sachentscheidung aufrechterhalten bleibt."

lichen liegen. Eckstein (1) hat dies ganz klar erkannt; für ihn ist "die begriffliche Trennbarkeit der alleinige Maßstab, nicht die Möglichkeit widersprechender Entscheidungen".

Damit soll nicht gesagt sein, daß das Prinzip der Wahrheitserforschung im Bereiche der Teilrechtskraft keine Rolle spielt. Es gewinnt nur an anderer Stelle Bedeutung, nicht aber bei Prüfung der Beschränkungsmöglichkeiten und hier wiederum nicht bei Abtrennung der Straffrage (2). Auch das Reichsgericht erkennt die Erforschung der Wahrheit als obersten Grundsatz an, wenn es in RG 62, 402 bemerkt: "Der oberste Grundsatz muß der sein, daß niemand wegen einer Straftat verurteilt werden darf, die er nach den Feststellungen des erkennenden Gerichts nicht begangen hat, und daß er auch nur für die begangene Tat bestraft werden kann." Aber sogleich im nächsten Satz fährt das Reichsgericht fort: "Soweit ein Gericht mit der Schuldfrage befaßt ist, darf es nur aus demjenigen Strafgesetz verurteilen, dessen Voraussetzungen es für gegeben hält, und allein aus diesem Gesetz darf es auch die Strafe entnehmen." Gerade darin liegt aber das Wesentliche. Nur "soweit" das Gericht mit der Schuldfrage befaßt ist ..., sind Gerechtigkeitserwägungen immer an die Spitze zu stellen. Bei einer Beschränkung auf das Strafmaß ist das Gericht aber gerade nicht mit der Schuldfrage befaßt. Darin liegt der Unterschied. Dies soll ferner nicht bedeuten, daß bei der grundsätzlich möglichen Beschränkung auf den Strafausspruch keine Ausnahmen denkbar sind. Nur dürfen solche nicht von dem Bestreben nach gerechter Entscheidung diktiert sein.

Es muß somit klar festgehalten werden, daß im Bereiche der Rechtsmittelbeschränkung für Gerechtigkeitserwägungen, so hoch diese auch anzuschlagen sind, kein Raum ist (3). Dies kann nicht deutlich genug betont werden. Wenn es um die spezifische Frage trennbar oder untrennbar geht, kommt es auf das Streben nach gerechter Entscheidung nicht an. Die Gefahr von Widersprüchen zwischen Schuld- und Strafausspruch darf hier keine Rolle spielen. Im übrigen ist diese Gefahr auch verhältnismäßig gering, weil dem Rechtsmittelgericht bei einer alleinigen Nachprüfung der Strafzumessung gewisse Schranken gesetzt sind, die ihm eine gegensätzliche Stellungnahme zum Schuldspruch verbieten. Davon wird später noch die Rede sein.

1) In GS 84/353.

2) Vgl. Beling in GA 63/175: "Erst wissen, worum es sich handelt, dann innerhalb dieses Rahmens materielle Wahrheitsforschung!"

3) Soweit ersichtlich, scheinen diese Gedankengänge im Schrifttum bisher keinen Eingang gefunden zu haben.

Hält man an diesem Ergebnis fest, so ist damit der Haupteinwand gegen die Trennbarkeit der Straffrage ausgeräumt. Die Lösung kann nunmehr, was den Regelfall anlangt, keine Schwierigkeiten mehr bereiten. Es sind keine Hindernisse sichtbar, die einer Absonderung des Strafausspruchs noch im Wege stehen könnten. Schuld- und Straffrage stehen zueinander im logischen Verhältnis von Grund und Folge. Was sollte davon abhalten, den Grund bestehen zu lassen und nur die Folge zum Gegenstand einer neuen Prüfung zu machen? Man vergegenwärtige sich doch dies am Gedankengang des Richters. Nach Feststellung des Sachverhalts subsumiert er diesen unter einen gesetzlichen Tatbestand und gewinnt daraus den Schuldspruch. Das heißt, der Richter ist sich nunmehr im klaren darüber, daß der X des Diebstahls, des Betrugs, der Körperverletzung usw. schuldig ist. Dies, und nur dieses, steht damit fest, nämlich die Schuldigsprechung als solche. Erst jetzt kann sich der Richter dem Maß der Schuld zuwenden, die dann in der Strafhöhe ihren Ausdruck findet. Es bedeutet also eine zweite, völlig selbständige Gedankenoperation, die das Gericht hier anzustellen hat; mithin um zwei begrifflich getrennte Dinge: die Schuld einerseits und ihre Intensität andererseits. Hier das Fundament und dort der Oberbau. Warum sollte der Oberbau nicht abgetragen und durch einen besseren ersetzt werden können, ohne daß das Fundament verändert wird? Warum soll das Strafmaß nicht geändert und durch ein richtigeres erneuert werden können, das der Schuld eher angepaßt ist? Um das Maß der Schuld zu beurteilen, bedarf es keiner Nachprüfung des Schuldspruchs an sich auf seine Richtigkeit. Es genügt, daß ein solcher vorhanden ist und damit Basis und zugleich Rahmen für das Strafmaß abgibt.

Die Dinge liegen hier völlig anders als bei einer bloßen Anfechtung der Schuldfrage. Dort ist schon nach dem Grundsatz des Folgezwangs eine alleinige Lösung des Schuldspruchs aus logischen Gründen nicht möglich. Wenn die Deliktsfrage als Voraussetzung und Grundlage herausgebrochen wird, müssen notwendig alle anderen Teile des Urteilsgebäudes zusammenstürzen. Bei einer Anfechtung der Straffrage wird aber in umgekehrter Richtung verfahren. Hier erfolgt der Angriff auf einen dem Schuldspruch nachgeordneten Teil. Der Satz vom Folgezwang kann damit in Richtung gegen die Schuldfrage nicht angewandt werden.

Dies bedeutet natürlich nicht, daß zwischen Schuld- und Straffrage keinerlei Zusammenhänge bestehen. Schließlich werden sie immerhin noch durch das einigende Band des einen gemeinsamen Urteilspruches umschlungen. Und darüber hinaus zeigen sich gewisse Querverbindungen zwischen beiden Teilen auch darin, daß einer Appellation gegen den Schuldspruch auch der Strafausspruch zum Opfer fällt. Es hieße die Einheit des Urteils ignorieren, wollte man jeden Zusammenhang zwischen diesen beiden Urteilelementen leugnen und sie als völlig selbständige Gebilde betrachten, die überhaupt nichts miteinander zu tun haben. Trotz

dieser zweifellos bestehenden Kontakte sind sie aber von der Straffrage her gesehen nicht so eng miteinander verzahnt, daß die alleinige Bekämpfung der Straffrage grundsätzlich nicht möglich und denkbar wäre. Sie ist, um mit den Worten des Reichsgerichts zu sprechen, "einer selbständigen Prüfung und Beurteilung zugänglich, ohne daß ein erneutes Eingehen auf die Schuldfrage notwendig ist".

Daß der Grundsatz der selbständigen Anfechtbarkeit des Strafmaßes in manchen Fällen zu ungerechten Ergebnissen führen kann, liegt unbestreitbar auf der Hand. Es mag für einen Richter gewiß kein angenehmes Gefühl bedeuten, an einen als falsch erkannten Schuldspruch gebunden sein und auf seiner Grundlage eine Strafe festsetzen zu müssen, die den wirklichen Gegebenheiten nicht entspricht. Trotzdem wäre es verkehrt, der Teilrechtskraft hierfür die Schuld in die Schuhe zu schieben und sich ihrer deshalb kurzerhand zu entledigen. Auf dem Boden des geltenden Rechts ist für solche Versuche - von den später noch zu besprechenden Ausnahmen abgesehen - kein Raum. Abhilfe könnte nur durch eine Änderung der gesetzlichen Bestimmungen geschaffen werden. Solange dies nicht der Fall ist, müssen die Nachteile dieser Institution, wenn auch schweren Herzens, in Kauf genommen werden, soll nicht das ganze Gebäude der Rechtssicherheit ins Wanken geraten.

2. Bemühungen des Schrifttums, die ungünstigen Folgen der Trennbarkeit durch Herausarbeitung gewisser Ausnahmen aufzulockern

Auch die herrschende Lehre gibt die mitunter bedauerlichen Konsequenzen bei einer Anfechtung der Straffrage unumwunden zu. Deshalb sind in neuerer Zeit wiederholt Versuche unternommen worden, diese manchmal unerwünschten Folgen einer Rechtsmittelbeschränkung auf den Strafausspruch wenigstens abzuschwächen. Man kann sogar soweit gehen, zu sagen: Nachdem der Streit um das Für und Wider einer Trennbarkeit der Straffrage dem Grundsatz nach zugunsten des ersteren entschieden worden ist, haben sich unter dem Eindruck der hierdurch entstehenden Nachteile die Diskussionen fast nur noch auf die Frage konzentriert, wie diesen Schwierigkeiten zu begegnen ist. Die Absicht dieser Versuche ist zweifellos richtig. Denn sie unternehmen es, die unbestrittenen Vorzüge der Rechtsmittelbeschränkung, die auf dem Gebiete der Prozeßökonomie liegen und einer straffen Rechtsprechung dienen, auszunützen und gleichzeitig die darin liegenden Unebenheiten zu meiden. Daraus ergibt sich auch für die gegenwärtige Darstellung die Notwendigkeit, sich mit diesen Bestrebungen auseinanderzusetzen und zu einem Lösungsversuch beizutragen. Zur genauen Bestimmung des eigenen Standpunktes erscheint es vorher angezeigt, über die in neuerer Zeit vertretenen Meinungen kurz zu referieren.

a) So haben beispielsweise v. Hippel (1) und Cochems (2) die durch die Beschränkung eingetretene Bindung dann für unbeachtlich gehalten, wenn das Interesse an einer wahrheitsgemäßen Entscheidung eine Überprüfung der Schuldfrage notwendig macht. Ihrer Auffassung nach ist es Recht und sogar Pflicht des Gerichts, auch über die Schuldfrage neu zu entscheiden, wenn sich bei der Verhandlung über die Strafzumessung herausstellt, daß der unangefochtene Schuldspruch mit der wahren Rechtslage nicht übereinstimmt. Während v. Hippel die sich hier in Gestalt der Teilrechtskraft und der §§ 327, 352 StPO entgegenstellenden Schwierigkeiten übergeht, versucht Cochems, dieses Ergebnis mit § 327 StPO in Einklang zu bringen. Er begründet dies kurzerhand damit, daß § 327 StPO eine prozessuale Zweckmäßigkeitsvorschrift sei und eine Entscheidung über den nicht be-
 anstandeten Teil dann nicht verbiete, wenn die Gerechtigkeit auf dem Spiel stehe. Eine solche Begründung vermag nicht zu überzeugen. Immerhin darf nicht übersehen werden, daß beide Ansichten in den Jahren 1940 bzw. 1942 vorgetragen worden sind; in einer Zeit also, in der die Aufweichung und Zersetzung alter Rechtsgrundsätze schon begonnen hatte und in der die Rechtssicherheit nicht allzu hoch veranschlagt wurde. Vom Standpunkt der Rechtskraft aus kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, daß sie im Gesetz keinerlei Stütze findet, setzt sie sich allzu elegant über die Hürde der Rechtskraft hinweg. Dem Rechtsmittelgericht wäre damit die Möglichkeit in die Hand gegeben, einen tragenden Grundpfeiler der Rechtsordnung nach eigenem Gutdünken zu Fall zu bringen. Solche Versuche sind geeignet, die Axt an die Wurzel der Rechtskraft zu legen. Dies aber kann nicht hingenommen werden, soll nicht das ganze Gebäude der Rechtssicherheit unterspült werden. Eine Rechtsordnung, die solches zuließe, würde sich auf schwankenden Boden begeben und sich der Gefahr aussetzen, eines Tages diese Einbrüche nicht mehr steuern zu können.

Dem Sinne nach gehört auch Eb. Schmidt's (3) Lösungsversuch hierher. Er will zwar nicht die bereits eingetretene Rechtskraft wieder umstoßen. Statt dessen verlegt er das Kriterium der gerechten Entscheidung schon in den Bereich der Beachtlichkeit der Rechtsmittelbeschränkung, wenn er meint, daß eine Beschränkung (nicht eine Teilrechtskraft) nur unter der Bedingunge wahrheitsgemäßer Entscheidung wirksam sei. Damit will es Eb. Schmidt gar nicht erst zur Entstehung einer Teilrechtskraft kommen lassen, sondern er spricht bereits der erklärten Beschränkung ihre Wirksamkeit ab, sobald sie die Auffindung der materiellen Wahrheit behindert. Diese Auffassung läßt sich mit der richterlichen Behandlung einer

1) Lehrbuch, S. 538.

2) DJ 1942/438.

3) Lehrkomm. § 318 Randnote 44.

Rechtsmittelbeschränkung nicht in Einklang bringen. Denn in dem Augenblick, in dem die Beschränkung an das Gericht herangetragen wird, muß auch schon die Entscheidung fallen, ob die Abtrennung wirksam ist oder nicht. Oft wird der Berufsrichter hier aber noch gar nicht feststellen können, ob die erklärte Beschränkung einer gerechten Entscheidung im Wege steht. Man denke nur an den Regelfall, bei dem der Rechtsmittelantrag und damit auch die Beschränkung schon im Zuge der schriftlichen Rechtsmitteleinlegung vorgebracht werden. In den meisten Fällen wird sich dann erst in der Berufungsverhandlung herausstellen, daß der Schuldspruch falsch ist und damit eine gerechte Entscheidung blockiert. Bei Entdeckung dieses Fehlers ist aber doch über die Wirksamkeit der Trennung bereits entschieden und Teilrechtskraft eingetreten. Man kann nun nicht mehr daran gehen und die zunächst für beachtlich gehaltene Abtrennung nachträglich wieder unwirksam machen. Wenn überhaupt, dann könnte nur mehr eine Durchbrechung der eingetretenen Teilrechtskraft in Frage kommen. - So gesehen, erweist sich der Vorschlag Eb. Schmidt's als undurchführbar. Denn er macht die Entscheidung darüber, ob die Beschränkung beachtlich ist oder nicht, von den Ergebnissen der Berufungsverhandlung abhängig; also von Ergebnissen, die im Zeitpunkt der Entscheidung über die Wirksamkeit der Beschränkung oft noch gar nicht vorliegen; es sei denn, man zögert die Entscheidung so lange hinaus. Eine solche Verzögerung ist aber nicht zulässig. Die Bewertung der Rechtsmittelbeschränkung muß vorgenommen werden, ehe zur Sache verhandelt wird. - Außerdem ergäbe sich sonst für den Rechtsmittelführer stets der Zwang, die neue Verhandlung auch hinsichtlich des nicht angefochtenen Entscheidungsteiles vorbereiten zu müssen, weil er Gefahr läuft, daß die Rechtsmittelbeschränkung nicht beachtet wird. Der Nutzen einer Teilanfechtung wäre also in hohem Maße dahin.

b) Einen anderen Weg will Meister (1) gehen. Er empfiehlt eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens. Danach soll in all den Fällen, in denen eine spätere Wiederaufnahme möglich wäre, eine Durchbrechung der entstandenen Teilrechtskraft zulässig sein. Bei den übrigen Fällen, denen kein Wiederaufnahmegrund zur Seite stünde, soll eine Überprüfung des rechtskräftigen Schuldspruchs dann erfolgen dürfen, wenn die getroffenen Feststellungen diesen nicht zu tragen vermögen. Meister begründet dies mit einem Schluß a maiore ad minus: Wenn sogar nach einem vollständig abgeschlossenen Verfahren bestimmte Wiederaufnahmegründe zu einer Freisprechung führen könnten, so müsse diese Freisprechung erst recht dann zulässig sein, wenn ein Strafverfahren noch nicht vollständig rechtskräftig abgeschlossen sei. Seiner Ansicht nach ist eine Durchbrechung der Teilrechtskraft im schwebenden Verfahren immer noch besser als eine Wiederaufnahme nach einem abgeschlossenen Verfahren.

1) MDR 1950/712 ff.

Diese Lösung mag zunächst bestechend erscheinen. Nicht zuletzt aus prozeßwirtschaftlichen Gründen. Denn sie würde in manchen Fällen ein mühevolles Wiederaufnahmeverfahren ersparen. Trotzdem kann ihr nicht zugestimmt werden. Und zwar einfach deshalb nicht, weil auch sie die Bedeutung der Teilrechtskraft unterschätzt und herabmindert. Meister schließt von der Durchbrechung der totalen Rechtskraft durch ein Wiederaufnahmeverfahren auf eine mögliche Durchbrechung der Teilrechtskraft unter analoger Anwendung der Wiederaufnahmegründe im gleichen Verfahren. Dieser Schluß ist nicht richtig. Er stellt die totale Rechtskraft als ein "Mehr" der Teilrechtskraft als ein "Weniger" gegenüber. Dem ist nicht beizupflichten. Daran ändern auch die später zu behandelnden Durchbrechungen der Teilrechtskraft nichts. Diese lassen sich immerhin juristisch exakt begründen und beziehen sich nur auf ganz bestimmte Einzelfälle. Demgegenüber bewirkt Meister's Vorschlag einen mit dem Gesetz nicht mehr zu vereinbarenden Angriff auf die Teilrechtskraft, der ihre Durchbrechungen schließlich ins Uferlose ausweitet. Übrigens läßt Meister's Auffassung auch die allgemein anerkannte und gültige Definition der formellen Rechtskraft außer acht. Danach bedeutet nämlich formelle Rechtskraft Unabänderlichkeit einer Entscheidung im gleichen Verfahren. Damit soll gerade der speziellen Ausnahme des Wiederaufnahmeverfahrens Rechnung getragen werden. Nicht umsonst ist die Wiederaufnahme nur unter ganz besonderen Voraussetzungen zulässig und in einem eigens dafür bestimmten Verfahren sorgfältig geregelt worden. Dies beweist, wie schwerwiegend der Gesetzgeber den Eingriff in die bereits entstandene Rechtskraft angesehen hat. Es hieße diesen gesetzlich bestimmten Ausnahmefall unterschätzen, wollte man dem Schuldspruch mit einer Analogie der Wiederaufnahmegründe zu Leibe rücken, weil ja "nur" die Teilrechtskraft auf dem Spiele steht. Auch der Hinweis auf § 357 StPO verfängt hier nicht. Schließlich handelt es sich dort abermals um eine gesetzlich fundierte Ausnahme. Dies wird schon daran deutlich, daß es fast einhellig abgelehnt wird, die Bestimmung des § 357 StPO auf die Berufung entsprechend anzuwenden. Damit ist nicht zu verwechseln das Problem der Wiederaufnahme teilrechtskräftiger Verfahren (1). Hier geht es um eine wirkliche Wiederaufnahme eines lediglich zum Teil abgeschlossenen Prozesses gemäß den Vorschriften der §§ 359 ff. StPO. Es soll also ein wirkliches Wiederaufnahmeverfahren stattfinden. - Dem entgegen operiert der Lösungsversuch von Meister nur mit den gesetzlich festgelegten Wiederaufnahmegründen und

1) Vgl. den Aufsatz von Bauer in JZ 1952/209 ff., der sich in überzeugender Weise für eine Wiederaufnahme auch bei nur teilweise rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren ausspricht. - Ergänzend dazu die ausführliche Zusammenstellung der Meinungen bei Eb. Schmidt, Lehrkomm. Vorbem. vor § 359 Randnote 6.

will mit Hilfe ihrer analogen Anwendung eine Durchbrechung der eingetretenen Teilrechtskraft herbeiführen. Dabei soll es also gar nicht zu einem echten Wiederaufnahmeverfahren kommen. Lediglich die entsprechend angewendeten Wiederaufnahmegründe sollen bei ihrem Vorliegen für eine Durchbrechung der Teilrechtskraft bestimmend sein. Würde man Meister's Ansicht folgen - was aber aus den oben dargelegten Gründen nicht möglich ist -, so wäre der Streit um die Zulässigkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens bezüglich teilweise rechtskräftiger Entscheidungen überflüssig. Denn wozu sollte dann erst ein umständliches Wiederaufnahmeverfahren ablaufen, wenn man das gleiche Ergebnis durch Umstoßung der Teilrechtskraft unter bloßer Zuhilfenahme der Wiederaufnahmegründe erreichen kann? Der Streit um die Wiederaufnahme bei nur teilweise rechtskräftigen Verfahren beweist schließlich indirekt, daß eben eine Durchbrechung der Teilrechtskraft oft nicht anders möglich ist als durch ein formelles Wiederaufnahmeverfahren.

c) Peters (1) empfiehlt, die Teilrechtskraft nur als auflösend bedingt anzusehen, um dadurch je nach Bedarf eine Nachprüfung des Schuldspruchs zu erreichen. Bei einer Anfechtung der Straffrage wird für ihn die Schuldfrage nur unter dem Vorbehalt einer etwa notwendigen Überprüfung rechtskräftig. Die durch §§ 327, 352 StPO gebotene Bindung des Rechtsmittelgerichts will er damit umgehen, daß er diese Bestimmungen eng auslegt. Das Ergebnis dieser engen Auslegung ist, daß die Bindung des oberen Gerichts nur für den Regelfall der Beschränkung gilt. Sie soll dann nicht mehr gelten, wenn das höhere Gericht "eine von ihm als unrichtig erkannte Entscheidung des unteren Gerichts seiner eigenen Entscheidung zu Ungunsten des Angeklagten zugrunde legen mußte". Es darf bezweifelt werden, ob hierin nur eine enge Auslegung der §§ 327, 352 StPO zu sehen ist. Man kann darin auch eine gesetzlich nicht zulässige Einschränkung dieser Vorschriften erblicken. Mit dieser Auffassung beschneidet Peters den Wirkungskreis der §§ 327, 352 StPO, ohne daß das Gesetz auch nur den geringsten Hinweis dafür bietet. Die von ihm gegebene Begründung reicht nicht aus, um von einer Vorschrift zu sagen, sie gilt nur für solche Fälle, für andere dagegen nicht. Auch die Konstruktion einer nur auflösend bedingten Teilrechtskraft tut dieser Gewalt an. Sie beruht, ebenso wie Meister's Vorschlag, auf einer Unterschätzung der Teilrechtskraft. Man mag zur Teilrechtskraft stehen wie man will. Aber sie ist doch immerhin noch Rechtskraft, auch wenn bestimmte einzelne Durchbrechungen möglich sind. Was Peters vorschlägt, hat mit Rechtskraft nichts mehr zu tun. Eine Rechtskraft - und sei es auch nur eine teilweise -, die auflösend bedingt ist, wird ihres eigentlichen Sinngehalts beraubt.

1) Lehrb. S. 392.

d) Die bisher aufgezeigten Meinungen haben Schwierigkeiten, die bei einer Bejahung der Rechtsmittelbeschränkung auf die Straffrage entstehen, dadurch zu beheben versucht, daß sie die Ausnahmefälle auf einen allgemeinen Generalnenner bringen. Mit solchen sicherlich handlichen Gesamtlösungen können die hier auftretenden Probleme aber nicht gemeistert werden. Dazu liegen die Fälle, bei denen eine Ausschaltung der Trennbarkeit erwogen werden kann, viel zu verschieden voneinander.

Nun hat neuestens Spengel (1) einen Vorstoß unternommen, der andere Wege einschlägt. Er teilt die Fälle, in denen seiner Ansicht nach eine wirksame Abtrennung nicht zum Zuge kommt, in verschiedene Gruppen ein. Es ist Spengel's Verdienst, erkannt zu haben, daß auf dem bisher beschrittenen Pfade nicht weiterzukommen ist. Er sieht, daß, wenn gewisse Ausnahmen schon notwendig erscheinen, hier mit einer generalisierenden Methode nichts auszurichten ist, weil die einzelnen Fälle viel zu differenziert gelagert sind. Spengel's Weg ist aber der einzig gangbare, wenn es überhaupt eine Möglichkeit gibt, aus den Schwierigkeiten bei der Trennung von Schuld- und Straffrage herauszukommen. Obwohl gegen eine solche Unterteilung, die ja immer eine gewisse Tendenz zur Zersplitterung in sich trägt, aus Gründen der Übersichtlichkeit eine begreifliche Abneigung bestehen mag, bleibt doch angesichts der Verhältnisse keine andere Wahl.

Die nachfolgende Untersuchung knüpft daher an die von Spengel vorgeschlagene Methode der Unterscheidung an. Allerdings kann ihm hierbei nicht in allen Punkten zugestimmt werden; sowohl was die Art der Einteilung als auch die in den einzelnen Gruppen gewonnenen Ergebnisse betrifft. Letzteres gilt vor allem für die von ihm in der zweiten Fallgruppe unter a) und zum Teil auch unter b) behandelten Sachverhalte (2). Es sind dies die Fälle, in denen es darauf ankommt, ob den Erklärungen des Rechtsmittelführers überhaupt eine Beschränkungsabsicht zugrunde liegt oder ob der Verteidiger zu einer Beschränkung ermächtigt ist. Sie können hier nicht geprüft werden. Denn das Problem der Trennbarkeit und der Teilrechtskraft ist bei diesen Fällen gar nicht entscheidend. Sie liegen im Vorfeld der Fragen um die Trennbarkeit. Bei ihnen geht es um die Vorbedingung, ob die Beschränkung überhaupt erklärt und beabsichtigt ist, nicht darum, ob die Beschränkung Wirksamkeit erlangt. Fälle dieser Art sind daher im Rahmen der vorliegenden Arbeit schon eingangs bei der Entstehung der Teilrechtskraft behandelt worden (vgl. oben § 1 II).

1) ZStrW 67/556 ff.

2) a. a. O. S. 562, 563, 564.

e) Überprüft man nun die Fälle, in denen eine Ausschaltung der erklärten Teilanfechtung möglich erscheint, so sind, wie schon erwähnt, zwei Hauptgruppen streng voneinander zu trennen:

- 1) Das sind einerseits die Fälle, bei denen trotz erklärter Beschränkung eine Trennung der Schuld- und Straffrage aus begrifflich-logischen Gründen gar nicht möglich ist. Man kann sie als Ausnahmen vom Grundsatz der Trennbarkeit bezeichnen.
- 2) Davon sind andererseits zu unterscheiden die Fälle, in denen eine abgesonderte Anfechtung der Straffrage zwar möglich und wirksam ist, bei denen aber die dann eingetretene Teilrechtskraft durchbrochen wird. Sie sollen hier als Durchbrechungen der Teilrechtskraft angesehen werden.

Der Unterschied liegt auf der Hand. Bei der einen Gruppe ist eine Abtrennung der Straffrage von vornherein gar nicht durchführbar; die Trennung als solche ist nicht möglich. Bei der anderen Gruppe erlangt die Abtrennung der Straffrage zwar Wirksamkeit, sie bleibt aber für das Rechtsmittelgericht nicht bindend und wird samt der entstandenen Teilrechtskraft vom Rechtsmittelgericht umgestoßen. Anders ausgedrückt läßt sich diese Unterscheidung auch so kennzeichnen: Um Ausnahmen vom Grundsatz der Trennbarkeit handelt es sich, wenn das obere Gericht zwar nur die Straffrage neu prüfen will, aber zu diesem Zweck aus Gründen des inneren Zusammenhangs auch die Schuldfrage miteinbeziehen muß. Dagegen liegt eine Durchbrechung der Beschränkung und der Teilrechtskraft vor, wenn das höhere Gericht nicht nur die wirksam abgetrennte Straffrage, sondern aus gewissen Gründen auch die Schuldfrage neu prüfen will.

Im einen Falle will also das Gericht entsprechend der Beschränkung nur die Straffrage prüfen, muß aber wegen des untrennbaren Zusammenhangs auch die Schuldfrage mit aufrollen. Im anderen Falle findet das Gericht unabhängig von der Straffrage einen Fehler im Schuldspruch und will deshalb auch diesen überprüfen. - Von dieser Unterscheidung soll im folgenden ausgegangen werden.

III. AUSNAHMEN VOM GRUNDSATZ DER TRENNBARKEIT DER STRAFFRAGE

Den in dieser Gruppe zur Erörterung stehenden Fällen ist gemeinsam, daß eine Trennung von Schuld- und Straffrage von vornherein nicht durchführbar ist. Dem Appellanten ist es zwar nicht verwehrt, nur den Strafausspruch herauszugreifen und zum Ziele seiner Anfechtung zu machen, doch nützt ihm eine solche Absonderung nichts. Sie ist wirkungslos. Die von ihm beabsichtigte Isolierung der Straf-

frage ist unmöglich, weil ein untrennbarer Zusammenhang zwischen ihr und der Schuldfrage besteht. Beide Urteilelemente sind hier so eng miteinander verknüpft, daß eine Spaltung nicht zu erzielen ist. Eine alleinige Nachprüfung und Entscheidung der Straffrage kann nur mit Hilfe einer Neuprüfung der Deliktsfrage vorgenommen werden.

1. Als erstes sind dabei die Fälle zu nennen, in denen zwischen Begehung und Aburteilung (gleich in welcher Instanz) der Tat eine Änderung der Strafnorm durch den Gesetzgeber erfolgt ist. Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 StGB muß hier das mildeste Gesetz angewendet werden. Im Rahmen der Rechtsmittelbeschränkung wird diese Frage aber nur aktuell, wenn die Gesetzesänderung in der Zeit zwischen dem Erlaß des angefochtenen Urteils und der Rechtsmittelentscheidung eingetreten ist. Soll das Gericht hier eine Entscheidung über die Strafzumessung treffen, so muß es zunächst einmal prüfen, welche der beiden Strafnormen die mildere ist. Diese Feststellung des mildesten Strafgesetzes wird nicht immer auf der Grundlage des rechtskräftigen Schuldspruches und nur unter Heranziehung der Strafzumessungstatsachen geschehen können. Die höhere Instanz wird dabei manchmal genötigt sein, auch auf die Schuldfrage überzugreifen. Eines Eingehens auf die Schuldfrage bedarf es allerdings dann nicht, wenn sich die Frage nach dem milderen Strafgesetz schon aus dem abstrakten Vergleich der beiden Strafraumen beantworten läßt. Die Grundlage des rechtskräftigen Schuldspruches reicht hier aus, um das mildere Gesetz durch eine bloße Gegenüberstellung der beiden Strafraumen zu bestimmen. An Hand der so gefundenen milderen Strafdrohung ist sodann über die Strafzumessung neu zu befinden. Eine Teilanfechtung der Straffrage ist insoweit nicht hinderlich. Sie zwingt nicht, den Prüfungsbereich auch auf die Deliktsfrage auszudehnen.

Anders liegt es aber, wenn das mildere Strafgesetz nicht aus einem reinen Vergleich der beiden angedrohten Straffolgen, sondern nur aus den Tatumständen des jeweiligen Einzelfalles festgestellt werden kann. Hier wird sich zwangsläufig die Notwendigkeit ergeben, Schuld- und Straffrage gleichermaßen und gemeinsam zu untersuchen, um überhaupt die Vorfrage nach der milderen Gesetzesnorm entscheiden zu können. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn einer der beiden Strafraumen beim Vorliegen "mildernder Umstände" einen besonderen Strafraumen vorsieht. Das Rechtsmittelgericht wird hier vorab klären müssen, ob mildernde Umstände überhaupt anzunehmen sind. Dies wiederum ist nur durch eine Prüfung der Strafzumessungstatsachen möglich. Erst auf diesem Umwege kommt das höhere Gericht dazu, zunächst einmal die beiden Strafraumen zu gewinnen, um sie dann einander gegenüberzustellen und den milderen herauszufinden. Daraus erhellt deutlich, daß in solchen Fällen eine Trennung der Straffrage gar nicht durchführbar ist und eine Beschränkung des Rechtsmittels deshalb wirkungslos bleiben muß.

Denn das Rechtsmittelgericht ist hier schon zur Feststellung der milderen Strafnorm genötigt, den gesamten Sachverhalt zu prüfen. Mit Recht hat deshalb das Reichsgericht in RG 31, 323 diesen Fall als Ausnahme vom Grundsatz der Trennbarkeit der Straffrage angesehen. Dem ist auch im Schrifttum - soweit ersichtlich - zugestimmt worden (1). Sogar Niethammer (2), der für eine kompromißlose Abtrennung der Straffrage eintritt, hat der Behandlung dieses Sonderfalles mindestens nicht widersprochen.

2. Vom Schrifttum ist außerdem noch eine Reihe von Fällen beschrieben worden, bei denen eine Abtrennung der Straffrage angeblich nicht durchführbar sein soll (3). Zur Begründung wird dabei - allerdings meistens zu Unrecht - auf Entscheidungen des Reichsgerichts hingewiesen (4). Allen diesen Beispielen ist gemeinsam, daß die Strafe vom Gesetzgeber auf ein absolut bestimmtes Maß festgesetzt ist, daß dem Richter bei der Strafzumessung also kein Spielraum zur Ausübung seines eigenen Ermessens bleibt. Niederreuther (5) zieht daraus den Schluß, daß bei einer gesetzlich genau bestimmten Strafhöhe eine Trennung von Schuld- und Straffrage nicht durchführbar ist.

a) In der Tat scheint es auf den ersten Blick so, als ob hier eine alleinige Überprüfung der Strafzumessung nicht erfolgen könnte, weil eine Abänderung zwangsläufig vom Schuldspruch ausgehen muß. Auch das Reichsgericht hat in einer Entscheidung (6) diesen Weg beschritten und dabei den lapidaren Satz aufgestellt: "Bei Verfehlungen, deren Strafe nach einem Vielfachen des von der Handlung betroffenen Betrages bemessen wird, ergreift ein gegen die Schuldhöhe gerichtetes Rechtsmittel notwendig zugleich die Schuldfeststellung, da Schuld- und Strafausspruch nicht voneinander getrennt werden können". - Diesem Satz kann jedoch - mindestens in der hier behaupteten Allgemeinheit - nicht gefolgt werden.

Strafgesetze, in denen die Höhe des Strafmaßes vom Gesetzgeber absolut festgelegt ist, sind verhältnismäßig selten: z. B. die zwingend vorgeschriebene Verfall-

1) Niederreuther in JW 1934/2434; Weber, S. 2887; Spendel in ZStrW 67/564.

2) JR 1935 Bd. I, S. 122.

3) Vgl. Niederreuther in JW 1934/2434; Hartung in SJZ 1949/66; Spendel in ZStrW 67/564.

4) RG in JW 1930/329 = DRiZ 1929 Nr. 1006; RG in HRR 1931 Nr. 387; RG in DRiZ 1928 Nr. 421; RG 67, 29.

5) a. a. O.

6) RG in DRiZ 1928 Nr. 421.

erklärung in § 335 StGB, § 12 Abs. 3 Unl. Wettbew. Gesetz, § 5 Abs. 1 der Verordnung gegen Bestechung und Geheimnisverrat nicht beamteter Personen vom 22. 5. 1943. Man wird hierher aber auch die Deliktsnormen rechnen müssen, welche die Strafhöhe nach einem Vielfachen des durch die Tat betroffenen Betrages bestimmen. Dabei handelt es sich wohl meist um irgendwelche Abgaben, z. B. § 119 Branntweinmonopolgesetz. Und streng genommen sind auch die Tatbestände dazuzuzählen, die die Verhängung einer Nebenstrafe oder Nebenfolge (Sicherungsmaßnahme) zwingend vorschreiben, wie Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte (1), Einziehung (2), Unbrauchbarmachung (3), Publikationsbefugnis (4), Eidesunfähigkeit (5). Denn auch in diesen Fällen könnte - in Konsequenz der obigen Auffassung - eine Abänderung des Strafausspruches nur erfolgen, wenn der Schuldspruch selbst umgestaltet wird.

b) Daß in diesen Beispielen Schuld- und Straffrage generell notwendig zusammenhängen, ist, wie schon betont, unrichtig. Denn es wird dabei ein wichtiger Punkt übersehen (6). Angenommen, das Erstgericht verhängt eine solche fest bestimmte Strafe versehentlich überhaupt nicht, oder es verhängt sie, aber in einem vom Gesetz nicht vorgesehenen Falle. Was sollte dann die Staatsanwaltschaft oder den Angeklagten daran hindern, ein Rechtsmittel wirksam auf die Straffrage zu beschränken? Von einer untrennbaren Verbindung zwischen Schuld- und Strafausspruch kann hier doch keine Rede sein. Dem Rechtsmittelgericht ist es ohne weiteres möglich, an Hand des rechtskräftigen Schuldspruches zu prüfen, ob eine solche bestimmte Strafe festgesetzt werden durfte oder nicht. Im einen Falle wird es diese Strafe dann selbst verhängen, im anderen Falle wird es sie kassieren. Einer Überprüfung des Schuldspruches auf seine Richtigkeit bedarf es dazu nicht. Nicht anders ist es, wenn bei einer Verfallerklärung oder bei einer Straffestsetzung nach dem Vielfachen eines bestimmten Ausgangsbetrages der Beschwerdeführer einen Berechnungsfehler rügt. Z. B. wenn der für verfallen erklärte Betrag auf eine andere Höhe lautet als die im Rahmen der Schuldfrage festgestellten Bestechungsgelder; oder wenn die Strafhöhe auf der Bemessungsgrundlage eines bestimmten im Schuldspruch festgestellten Grundbetrages vervielfacht werden muß und es unterläuft hierbei ein Rechenfehler; oder wenn die Strafhöhe nicht nach dem bestimm-

1) Z. B. §§ 161, 181, 302 d StGB.

2) z. B. §§ 245 a Abs. 3, 284 b Satz 1, 295 Abs. 1, 296 Abs. 3, 296 a Abs. 2 StGB, § 11 Sprengstoffgesetz, § 20 Satz 2 Fernmeldegesetz.

3) z. B. in §§ 41 StGB, 42 Lit. Urh. Gesetz, 37 Kunst-Urh. -Gesetz, 30 Warenzeichengesetz.

4) z. B. in §§ 165, 200 StGB, 49 Abs. 3 Patentgesetz, 16 Abs. 3 Gebrauchsmustergesetz, 30 Abs. 2 Warenzeichengesetz, 23 Unl. Wettbew. -Gesetz.

5) § 161 StGB. 6) Auch vom Reichsgericht in RG 38, 394.

ten Ausgangsbetrag, sondern auf Grund eines ganz anderen Betrages ausmultipliziert worden ist. Auch hier ist eine Abtrennung der Straffrage ohne weiteres möglich. Denn der Beschwerdeführer greift damit nicht die Berechnungsgrundlage als einen Teil der Schuldfrage an, sondern die Berechnung selbst. Der Richter muß dann lediglich auf den Schuldspruch zurückgehen und den Ausgangsbetrag feststellen, um auf dieser Basis zur richtigen Strafhöhe zu gelangen. Eine Prüfung der Berechnungsgrundlage selbst auf ihre Richtigkeit ist dabei weder notwendig noch erlaubt. Damit ist hinlänglich erwiesen, daß auch in solchen Fällen keineswegs ein untrennbarer Zusammenhang der beiden Urteilelemente besteht, der eine Abtrennung der Straffrage ausschließen könnte.

c) Auf einer gänzlich anderen Ebene liegt es, wenn der Verurteilte das Strafmaß gemildert sehen will mit der Begründung, er habe nicht den im Schuldspruch festgestellten Betrag an Bestechungsgeldern, sondern einen weitaus geringeren erhalten; oder er habe anstatt DM 1000. -- nur DM 500. -- Branntweinsteuer hinzugezogen. Spengel (1) bemerkt dazu, daß in solchen Fällen eine Abtrennung der Straffrage unmöglich sei, weil der Rechtsmittelrichter hier zwangsläufig den Schuldspruch überprüfen müsse. Er beruft sich dafür auf zwei Entscheidungen des Reichsgerichts (2). Daran ist richtig, daß das höhere Gericht solchenfalls den Schuldspruch neu überprüfen muß, wenn es zu einer Änderung des Strafmaßes kommen will. Dennoch ist Spengel hier ein Gesichtspunkt entgangen. Es handelt sich nämlich nicht um eine Ausnahme vom Grundsatz der Trennbarkeit der Straffrage. Vielmehr will der Beschwerdeführer sein Rechtsmittel gar nicht auf den Strafausspruch beschränken, sondern eine Neuprüfung gerade auch des Schuldspruchs erreichen. Er bekämpft scheinbar die Höhe der gesetzlich festgelegten Strafe, während er aber in Wirklichkeit auch mit der Bemessungsgrundlage, also dem Ausgangsbetrag, nicht einverstanden ist. Es handelt sich somit nicht um das Problem der Trennbarkeit, sondern um die typischen Fälle, in denen Rechtsmittelantrag und Rechtsmittelbegründung auseinanderklaffen. Während der Rechtsmittelführer mit seinem Antrag nur einen Teil der Entscheidung anfechtet, will er in Wahrheit entsprechend seiner Begründung eine Überprüfung des ganzen Urteils herbeiführen. Im Grunde genommen geht es also allein um die Frage einer richtigen Auslegung des gesamten Rechtsmittelvorbringens. Wenn das obere Gericht hier von vornherein die Beschwerde richtig auslegt, so kommt es nicht mehr in die Bedrängnis, prüfen zu müssen, ob eine Trennbarkeit gegeben ist oder nicht.

1) ZStrW 67/564.

2) RG in DRiZ 1929 Nr. 1006 und RG 67, 29.

Das Reichsgericht hat gerade in den von Spengel angeführten Entscheidungen diesen feinen Unterschied klar herausgearbeitet. In einem Urteil (1) setzt sich der dritte Strafsenat mit einer früheren unveröffentlichten Entscheidung des zweiten Strafsenats vom 18. 6. 1928 auseinander. In dieser früheren Entscheidung war wegen Zollhinterziehung von 33 Uhren bestraft und mit dem Rechtsmittel eine Verurteilung wegen Zollhinterziehung von 51 Uhren beantragt worden. Der dritte Senat bemerkt dazu sehr mit Recht:

"Diese Berufung, die also auf die Bestrafung wegen Hinterziehung des Zolles für eine größere Anzahl von Gegenständen gerichtet war, ergriff in Wahrheit die Schuldfeststellung, mochte sie sich vielleicht auch - fälschlicherweise - als auf das Strafmaß beschränkt bezeichnen."

Und weiter führt der dritte Strafsenat gleich zu Beginn dieser Entscheidung aus:

"Ist die Strafe nach dem Vielfachen des Betrages bemessen, der von der Tat betroffen wird, und hat die "Einschränkung der Berufung auf das Strafmaß" nur die Bedeutung, daß der Angeklagte nicht in einem das Strafmaß rechtfertigenden Umfang schuldig sei, so wird trotz der - scheinbaren - Einschränkung des Rechtsmittels auch die Schuldfrage von ihm ergriffen."

Gleichzeitig verweigert der dritte Strafsenat dem weiter oben genannten Urteil des ersten Strafsenats (DRiZ 1928 Nr. 421) die Gefolgschaft. - Auch der zweite Strafsenat steht in seiner Entscheidung in HRR 1931 Nr. 387 auf diesem Standpunkt. Er bezeichnet die Feststellung des Umfangs der Rechtsverletzung dann als zum Schuldspruch gehörig, wenn das, wie bei Zöllen und Verbrauchsabgaben, die Grundlage für die Bemessung der Höhe der verwirkten Strafen bildet, und fährt dann fort:

"Wendet sich in solchen Fällen ein Rechtsmittel gegen die Höhe des als hinterzogen angenommenen Betrages oder die für dessen Berechnung maßgebenden Grundlagen, so beschränkt es sich nicht auf das Strafmaß, sondern es richtet sich darüber hinaus gegen den festgestellten Tatbestand der dem Angeklagten zur Last gelegten Handlung und somit gegen den Schuldspruch."

Schließlich ist auch der erste Strafsenat in RG 67, 29 dieser Auffassung beigetreten. Er hatte dabei über ein Rechtsmittel gegen die Verfallerklärung von empfangenen Bestechungsgeldern nach § 12 Unl. Wettbew. Gesetz zu befinden und stellte in diesem Zusammenhang fest:

1) DRiZ 1929 Nr. 1006 = JW 1930/329 Nr. 8; so auch schon RG in Recht 1928 Nr. 994 (nur Leitsatz).

"Wenn daher der Beschwerdeführer mit seinem Rechtsmittelangriff behauptet, der Vorderrichter habe bei dem Ausspruch über die Verfallerklärung den "Wert" (der empfangenen Bestechungsgelder) zu hoch bemessen, weil er bei der Feststellung der empfangenen Gegenstände und Leistungen von unrichtigen Voraussetzungen ausgegangen sei, so will er auch wieder die Tätigkeit und den Umfang des "Annehmens" nachgeprüft wissen. Ein solches äußerlich nur gegen die Verfallerklärung gerichtetes Rechtsmittel ist dann in Wirklichkeit nicht auf das Strafmaß beschränkt, sondern ergreift den Schuldspruch selbst."

Diese Entscheidungen zeigen deutlich, wie das Reichsgericht durch eine genaue Auslegung des Rechtsmittelvorbringens der Sachlage gerecht wird und dadurch das Problem der Trennbarkeit gar nicht berührt. Indem es nicht an der im Rechtsmittelantrag geäußerten Beschränkung starr festhält, sondern die tatsächlichen Absichten des Beschwerdeführers aus dessen gesamtem Rechtsmittelvorbringen entnimmt, meidet es alle Schwierigkeiten hinsichtlich der Trennbarkeit.

Von den Beispielen einer fest bestimmten Strafhöhe ausgehend glaubt Spende l (1) einen Ansatzpunkt gefunden zu haben, der auch in weiteren Fällen zu einem untrennbaren Zusammenhang zwischen Schuld- und Straffrage führt und damit eine Abtrennung der letzteren unmöglich macht. Er weist dabei auf die Fälle hin, in denen der Verurteilte Herabsetzung des Strafmaßes begehrt, weil er nur 3 statt der festgestellten 5 Sack Mehl gestohlen oder den fortgesetzten Betrug nur in 5 statt in 10 Fällen begangen habe. Die Gründe für einen untrennbaren Zusammenhang sieht Spende l darin, daß es sich hierbei um sogenannte "doppelrelevante" Tatsachen handele, die sowohl für die Schuldfeststellung als auch für die Strafzumessung beachtlich seien. Sie könnten seiner Ansicht nach zwar begrifflich, aber oft nicht faktisch getrennt werden. Allein auch hier übersieht Spende l den Unterschied zwischen Trennbarkeit an sich und Beschränkungsabsicht des Beschwerdeführers. Wenn der Verurteilte Herabsetzung des Strafmaßes begehrt, weil er nur 3 statt 5 Sack Mehl gestohlen habe, so geht aus dieser Begründung in den meisten Fällen hervor, daß er in Wirklichkeit eben auch den Schuldspruch angreifen will. Sein Antrag richtet sich zwar gegen den Strafausspruch, weil sich ihm hierin die Entscheidung des Gerichts am augenfälligsten kennzeichnet. Im Widerspruch dazu geht seine Begründung aber gegen den Schuldspruch selbst an.

Neuerdings ist auch der Bundesgerichtshof in einem Urteil (2) dieser mangelnden Unterscheidung zwischen Trennbarkeit und Trennungsabsicht zum Opfer ge-

1) ZStrW 67/565.

2) in MDR 1956/652, mitgeteilt von Da l l i n g e r = NJW 1956/1845 = DAR 1956/332.

fallen. In diesem Urteil war der Angeklagte wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilt worden, weil er infolge Unachtsamkeit von der Fahrbahn abgekommen war, dadurch einen Unfall verursacht und die Verletzung von Fahrzeuginsassen herbeigeführt hatte. Die auf das Strafmaß beschränkte Revision der Staatsanwaltschaft erblickte ein zusätzliches Verschulden darin, daß der Angeklagte nicht wirksam genug gebremst hatte, als ihm das Abkommen von der Straße bewußt geworden war. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs kann in einem solchen Falle die Revision nicht auf das Strafmaß beschränkt werden, weil die Rüge der Staatsanwaltschaft einen neuen zusätzlichen Schuldvorwurf enthalte, der die bisherige Schuld, wenn auch im Rahmen des gleichen Tatbestandes, vergrößere. Diesen neuen Schuldvorwurf könne aber, so meint der Bundesgerichtshof, der Tatrichter nur prüfen, wenn das Revisionsgericht auch den Schuldspruch aufhebe. Denn bei bloßer Aufhebung der Strafzumessung wäre der Tatrichter an neuen Feststellungen zu dem nunmehr geltend gemachten Schuldvorwurf gehindert. Weil aber die Staatsanwaltschaft gerade die Bejahung eines selbständigen neuen Schuldumstandes anstrebe und dies nur auf der Grundlage neuer Feststellungen möglich sei, ergreife die Revision nicht nur den Umfang, sondern auch die Art des Schuldauspruches. - Auf Grund des oben Ausgeführten wird der Irrtum des Bundesgerichtshofs deutlich. Der Senat hätte hier zwei Möglichkeiten gehabt: Entweder er hätte aus dem gesamten Revisionsvorbringen der Staatsanwaltschaft entnommen, daß diese trotz ihrer Strafmaßbeschränkung im Revisionsantrag in Wirklichkeit auch den Schuldspruch anfechten wollte. Dann hätte er auf Grund dieser Rechtsmittelauslegung das gesamte Urteil als angefochten betrachten können. Auf die mögliche oder nicht mögliche Beschränkbarkeit wäre es nicht mehr angekommen. Oder er hätte das Rechtsmittelvorbringen dahin auslegen können, daß die Staatsanwaltschaft tatsächlich eine Beschränkung auf das Strafmaß im Auge hatte. Eine solche wäre hier ohne weiteres möglich und wirksam gewesen. Dann aber hätte der Bundesgerichtshof das Revisionsvorbringen, soweit es den Schuldspruch betrifft, nicht beachten dürfen. Denn die Deliktsfrage war durch diese Beschränkung rechtskräftig und auch für den Bundesgerichtshof bindend geworden. So aber hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil beides vermischt. Er hat einerseits eine Beschränkung auf das Strafmaß angenommen und andererseits diese Beschränkung wegen der im weiteren Rechtsmittelvorbringen enthaltenen Angriffe auf die Schuldfrage für unwirksam erklärt. Dies ist nicht richtig. Das Beschwerdevorbringen eines Rechtsmittelführers ist niemals geeignet, über die Frage der Trennbarkeit als solche zu entscheiden (1). Entweder sieht man im Rechtsmittelvorbringen eine Beschränkung, dann muß es auch dabei bleiben; oder man legt dieses als totale Anfechtung aus, dann wird von vornherein das gesamte Urteil in den Bereich der Appellation gezogen. Ein Mittelding gibt es nicht.

1) Vgl. Niethammer, S. 122 oben.

Verfährt das Rechtsmittelgericht derart, so gerät es bei diesen Fällen nicht in den Engpaß, das Problem der Trennbarkeit aufrollen zu müssen.

Ganz anders liegt es, wenn das Rechtsmittelgericht in der Hauptverhandlung selbst feststellt - der Beschwerdeführer in seiner Rechtsmittelbegründung also nicht darauf hinweist -, daß nur 3 statt 5 Sack Mehl gestohlen sind oder daß der Verurteilte in Notwehr gehandelt hat. Hier liegt eine einwandfreie Beschränkung auf das Strafmaß vor. Der Schuldspruch ist infolgedessen rechtskräftig geworden. Die vom Beschwerdegericht neu ermittelten veränderten Umstände dürfen dann keinesfalls mehr dazu führen, daß die wirksame Beschränkung nachträglich für unbeachtlich erklärt wird. Hier kann es sich nur noch darum handeln, ob ausnahmsweise eine Durchbrechung der Rechtskraft des Schuldspruchs in Frage kommt.

Daran wird deutlich, wie wichtig es für das obere Gericht ist, das Rechtsmittelvorbringen sorgfältig zu prüfen und auszulegen und die Richtung des Angriffs genau festzustellen (1). Ergibt das Beschwerdevorbringen nicht klar, eindeutig und zweifelsfrei eine Einschränkung der Anfechtung, so muß das höhere Gericht die Beschwerde als gegen das ganze Urteil gerichtet ansehen.

d) Hat aber der Rechtsmittelführer seine Anfechtung unmißverständlich und klar auf die Strafzumessung beschränkt, dann ist dem Obergericht nur diese zur Prüfung freigegeben. Dies wird vor allem dann zutreffen, wenn das zunächst unbeschränkt eingelegte Rechtsmittel erst in der Hauptverhandlung auf die Straffrage beschränkt worden ist (2). Ähnlich liegt es, wenn das Revisionsgericht nur den Strafausspruch aufgehoben hat. Der Schuldspruch ist damit samt den ihm zugrunde liegenden Feststellungen bindend geworden. Das Rechtsmittelgericht hat keine Befugnis, die Bemessungsgrundlage, die in den eingangs erwähnten Fällen die Strafhöhe bereits festlegt, nachzuprüfen (3): Bei absolut bestimmter Strafhöhe ist ihre Nachprüfung nur auf die Berechnung der Strafe beschränkt (4). Eine solche zwangsläufige Einengung in der Nachprüfung der Strafzumessung stellt kein Argument gegen deren Trennbarkeit dar.

Die Behauptung, daß bei einer gesetzlich genau festgelegten Strafhöhe oder bei einer Berechnung der Strafhöhe nach dem Vielfachen eines bestimmten Betrages die Abtrennung der Straffrage unmöglich ist, dürfte somit widerlegt sein.

1) Vgl. Krumme in L.-M. Nr. 8 zu § 264 StPO als Anm. zu dem dortigen Urteil des BGH.

2) Vgl. RG in JW 1930/329 Nr. 8 = DRiZ 1929 Nr. 1006; RG 69, 110 (114) letzter Abs.; Krumme a. a. O. als Anm. zu dem dort veröff. Urteil des BGH = BGH 7, 283.

3) So auch RG 52, 342 (344).

4) Vgl. RG 67, 29 (30).

e) Dagegen hat das Reichsgericht in zwei weiteren Entscheidungen (1), die ebenfalls Grenzfälle betreffen, eine Trennbarkeit von Schuld- und Straffrage mit Recht abgelehnt. Im einen Falle war im Schuldspruch nicht das Gesetz genannt, aus dem die Strafe entnommen worden ist, sondern es waren zwei Gesetze wahlweise als der Bestrafung zugrunde liegend bezeichnet. Im anderen Falle war im Urteil keine Sachdarstellung enthalten, die eine Nachprüfung des Schuldspruchs ermöglicht hätte, vielmehr war in weitem Umfange auf den Inhalt des Eröffnungsbeschlusses verwiesen. In beiden Urteilen hat es das Reichsgericht als unmöglich angesehen, die Strafzumessung isoliert zu prüfen. Dieser Auffassung muß beigespflichtet werden. Denn wie soll hier das Rechtsmittelgericht auf der Grundlage des rechtskräftigen Schuldspruches untersuchen, ob die Strafzumessung den Schuldfeststellungen entspricht? Eine solche Grundlage, von der das höhere Gericht auszugehen hat, steht hier gar nicht zur Verfügung. Will das Appellationsgericht danach zu einer gerechten Strafe gelangen, so ist es notwendigerweise gezwungen, den Schuldspruch selbst anzutasten und ihn zu einer brauchbaren Basis für die Strafzumessung abzuändern. Eine Absonderung des Strafausspruches ist daher in solchen Fällen nicht durchführbar (2).

Es hat sich somit gezeigt, daß die wirklichen Ausnahmen vom Grundsatz der Abtrennung der Straffrage im ganzen gesehen ziemlich spärlich sind. Die von der Rechtslehre darüber hinaus angeführten Ausnahmen sind in Wirklichkeit gar keine. Sie haben ihren Ursprung vielfach darin, daß sie streng vom Beschwerdeantrag ausgehen und das übrige, hierzu oft im Widerspruch stehende Rechtsmittel vorbringen nicht oder nicht genau würdigen. Man kann auch nicht, wie Kleinknecht (3) meint, die Trennbarkeit der Straffrage im konkreten Falle jedesmal dann verneinen und die Beschränkung als wirkungslos behandeln, wenn offensichtlich Ungerechtigkeiten zu erwarten sind. Das hieße immer dann eine Ausnahme vom Grundsatz der Trennbarkeit konstruieren, wenn ungerechte Entscheidungen drohen. Demgegenüber muß daran festgehalten werden, daß das Interesse an einer gerechten Entscheidung kein Kriterium für die Trennbarkeit ist. Ausnahmen sind nur dort möglich, wo eine neue Entscheidung über die Strafzumessung begrifflich nicht durchführbar ist, ohne daß die Schuldfrage in Mitleidenschaft gezogen wird.

Die wenigen Ausnahmen vom Prinzip der Trennbarkeit der Straffrage bieten aber keinen Anlaß, von diesem Grundsatz abzuweichen. Liegt allerdings eine dieser Ausnahmen vor, dann bleibt eine Beschränkung wirkungslos und unbeachtlich.

1) Vgl. RG in HRR 1939 Nr. 547 und 548.

2) Vgl. Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 b, S. 849; KMR, § 344 Anm. 3.

3) In MDR 1955/434 (als Anm. zu BGH in MDR 1955/433 = BGH 7, 283) unter irriger Berufung auf RG 61, 323.

IV. DIE DURCHBRECHUNG DER TEILRECHTSKRAFT

Als nächstes ist zu untersuchen, ob es Fälle gibt, in denen trotz der wirksamen Beschränkung auf die Straffrage eine Prüfung des rechtskräftig gewordenen Schuldspruches möglich ist. Es geht mithin um die Fälle, in denen sich das obere Gericht über die Abtrennung hinwegsetzen und die entstandene Teilrechtskraft durchbrechen darf. Sie sollen hier unter dem Begriff "Durchbrechung der Teilrechtskraft" zusammengefaßt werden.

1) Eine erste Gruppe bilden die Entscheidungen, bei denen die Rechtskraft des Schuldspruches wegen fehlender Verfahrensvoraussetzungen oder vorhandener Verfahrenshindernisse aus den Angeln gehoben wird.

Während das Reichsgericht früher alle Arten von Verfahrensmängel meist nur auf besondere Rüge für nachprüfbar erachtet hat (1), ist es in späteren Jahren nach und nach zu der Auffassung übergegangen, daß die Verfahrensvoraussetzungen von Amts wegen zu prüfen sind. So hat es in zahlreichen Entscheidungen allmählich kasuistisch eine ganze Reihe von Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhindernissen behandelt und dabei festgestellt, daß jedes Gericht - auch das Revisionsgericht - diese selbständig, also ohne jede Rüge, beachten müsse (2). Dies gipfelte schließlich in der allgemeinen Formulierung, daß das Gericht jeder Instanz jeden Mangel einer Verfahrensvoraussetzung und jedes Vorhandensein eines Prozeßhindernisses selbständig zu prüfen und von Amts wegen zu beachten hat (3). Auch der Bundesgerichtshof und die übrige neuere Rechtsprechung haben sich

1) Z. B. die anderweitige Rechtshängigkeit einer Sache in RG 37, 55.

2) Z. B. das Vorliegen eines Strafantrages in RG 47, 201; 57, 143; 68, 210; die anderweitige Rechtshängigkeit in RG 67, 53; die Verjährung in RG HRR 1938 Nr. 941; die Auslieferung als Voraussetzung der Strafverfolgung in RG 45, 271 (277); 55, 284; 57, 206 (208); die Zuständigkeit des Gerichts in RG 52, 237; 54, 13; 66, 256; 67, 57; 72, 379; die Amnestie in RG 54, 82; 59, 56; 71, 251; die Zulässigkeit des Rechtsmittels in RG 65, 250; die Zulässigkeit der Nebenklage in RG 53, 214; 62, 209; 69, 294; 76, 178; 77, 324; die Strafbarkeitsbedingung der Ehescheidung in § 172 StGB in RG 22, 135; die Erhebung einer schriftlichen Anklage und Erlaß eines Eröffnungsbeschlusses als Prozeßvoraussetzung für die Urteilsfällung in RG 67, 59; 68, 105; 68, 291; 77, 34.

3) Vgl. RG 67, 55; 68, 120.

dieser Auffassung angeschlossen (1). Die Gründe hierfür sieht das Reichsgericht darin, daß die Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen nicht allein den Zweck hat, Verstöße des Untergerichts festzustellen, sondern daß es sich dabei hauptsächlich um die Frage handelt, ob das entscheidende Gericht selbst in der Sache urteilen darf. Es geht also vornehmlich um die Frage der Voraussetzungen für die eigene richterliche Tätigkeit des Rechtsmittelgerichts. Die Rechtslehre ist dem Reichsgericht auf diesem Wege ziemlich einhellig gefolgt (2).

a) Diese Entwicklung mußte das Reichsgericht zwangsläufig zu der Frage führen, was geschehen soll, wenn der Beschwerdeführer sein Rechtsmittel beschränkt hat und das Obergericht feststellt, daß eine Prozeßvoraussetzung fehlt oder ein Prozeßhindernis entgegensteht. Soll das Rechtsmittelgericht hier an der Rechtskraft des nicht angegriffenen Urteilsteils festhalten oder soll es die Beachtung der Prozeßvoraussetzungen höher stellen und dann möglicherweise das ganze Urteil aufheben? In diesem rechtlichen Zwiespalt zwischen Bindung an die Teilrechtskraft und Beachtung der Verfahrensvoraussetzungen haben die oberen Gerichte in den bisher zur Entscheidung gelangten Fällen durchweg gegen die Teilrechtskraft Stellung bezogen. Sie haben in diesem Widerstreit einer Einhaltung der Verfahrensvoraussetzungen den Vorzug gegeben und dafür die Durchbrechung der Teilrechtskraft in Kauf genommen. So z. B. beim Fehlen eines Strafantrages (3), bei

-
- 1) z. B. für die Verjährung BGH 2, 301; 4, 137; 8, 269; für die Zuständigkeit BGH 7, 26 mit Anm. von Dallinger in MDR 1955/181; Bayer. ObLG in NJW 1955/959; für die Amnestie BGH 6, 305; für die Zulässigkeit des Rechtsmittels Bay ObLGSt 1951/515; 1953/89; KG in JR 1955/310; OLG Hamm in JMBINRW 1954/228; für die Beachtung des Verbots der Schlechterstellung BayObLGSt 1952/66.
 - 2) Peters, S. 227; Henkel, S. 288; Erbs, Komm. z. StPO, § 344 Anm. IV; KMR, Einleitung Ziff. 11 f; Eb. Schmidt, Lehrkomm. Teil 1 Nr. 174; Löwe-Rosenberg, Einleitung § 11 S. 35 ff. ausführlich; speziell für die Verjährung Maurach, Lehrb. Allg. Teil, S. 752; Schönke-Schröder, § 66 Anm. III; Leipz. Komm., § 66 Anm. 2; Dreher-Maassen, § 66 Anm. 3; speziell für den Strafantrag Schönke-Schröder, § 61 Anm. II; Leipz. Komm. § 61 Anm. X 1.
 - 3) RG 62, 262; 64, 107; 65, 150; BayObLGSt 16, 3; unklar KG in DStR 1939/355. - Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Urteil des OLG Braunschweig in GA 1954/346: "Wenn danach rechtskräftig feststeht, daß ein Offizialdelikt begangen ist, dann steht der rechtskräftig gewordene Schuldspruch der Nachprüfung, ob nicht doch ein Antragsdelikt anzunehmen gewesen wäre, entgegen und es kann auf das Vorliegen eines Strafantrags nicht mehr ankommen." - Diese

Fehlen der Zuständigkeit (1), beim Verbrauch der Strafklage (2), bei Anwendung von Amnestievorschriften (3), bei Verjährung (4).

Im Zusammenhang mit der Verjährung hat neuerdings auch der Bundesgerichtshof (5) eine überaus instruktive Entscheidung erlassen, die auf dem Wege einer Durchbrechung der Teilrechtskraft zugunsten von Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrenshindernissen konsequent weiterschreitet. Der vom Bundesgerichtshof entschiedene Fall gehört zwar seiner Systematik nach nicht direkt in diesen Abschnitt, weil er sich auf die Teilrechtskraft bei Tatmehrheit bezieht (vgl. oben S. 25). Er soll aber wegen der in ihm enthaltenen Durchbrechung der Teilrechtskraft an dieser Stelle behandelt werden. Der Bundesgerichtshof kommt in dieser Entscheidung zu folgendem Ergebnis: Wenn bei Vorliegen einer Gesamtstrafe einzelne Taten angefochten sind und das Rechtsmittelgericht entdeckt, daß eine oder mehrere der nicht angefochtenen Taten verjährt sind, dann hat es wegen dieser nicht angegriffenen rechtskräftigen Delikte das Verfahren einzustellen. - Damit ist die These, daß die Teilrechtskraft innerhalb einer Tat mit Rücksicht auf Verfahrensvoraussetzungen durchbrochen wird, auf die Teilrechtskraft bei mehreren Taten erweitert. In der Begründung verwahrt sich der Bundesgerichtshof gegen den Einwand, daß er mit diesem Gedanken in Widerspruch zur Lehre von der Teilrechtskraft gerate. Seiner Auffassung nach handelt es sich vielmehr um die folgerichtige Durchführung des Grundsatzes, daß ein Rechtsmittel nicht auf einen untrennbaren Teil eines Urteils beschränkt werden kann. Gleichzeitig teilt der Bundesgerichtshof aber - allerdings ohne nähere Begründung - mit, daß der von ihm neu aufgestellte Grundsatz in zwei Fällen nicht anzuwenden sei: nämlich einmal dann, wenn die im selben Verfahren abgeurteilten mehreren Delikte nicht zur Bildung einer Gesamtstrafe geführt haben, und zum anderen dann, wenn eine in einem anderen Verfahren rechtskräftig abgeurteilte Straftat gemäß § 79 StGB oder § 460 StPO zur nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe herangezogen wird. - Die Entscheidung verdient im Ergebnis volle Zustimmung. Denn sie stellt eine geradlinige Weiterführung der Durchbrechung der Rechtskraft zugunsten von Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhindernissen dar. Auch hier geht

Forts.: Entscheidung läßt sich nicht mit der Auffassung vereinbaren, daß die selbständige Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen nicht nur der Feststellung von prozessualen Verstößen des Vorgerichts dient, sondern auch der Feststellung der Voraussetzungen für die eigene Entscheidung des Rechtsmittelgerichts.

- 1) RG in HRR 1928 Nr. 397; BGH 2 StR 304/55 v. 4. 11. 1955, mitgeteilt von Dalinger in MDR 1956/146.
- 2) Bay. OLG in HRR 1932 Nr. 216. 3) RG in DStR 1939/287; RG 74, 206; BGH 6, 305 = NJW 1954/1776 = JZ 1954 = L. - M. Nr. 2 zu § 12 StFrG 1954.
- 4) RG in HRR 1938 Nr. 941; BGH in NJW 1958/1307. (Anm. 5) siehe nächste S.)

es - zwar nicht wegen der angefochtenen Einzelstrafen, sondern wegen der damit verbundenen, auch auf den unangefochtenen (verjährten) Einzelstrafen beruhenden, Neuprüfung der Gesamtstrafe - um die Voraussetzungen der richterlichen Tätigkeit des Rechtsmittelgerichts überhaupt. In der Begründung ist dem Bundesgerichtshof allerdings eine kleine Ungenauigkeit unterlaufen, wenn er behauptet, daß dies eine folgerichtige Durchführung des Grundsatzes sei, wonach "ein Rechtsmittel nicht auf einen untrennbaren Teil eines Urteils beschränkt werden kann". Denn nach den für die Trennbarkeit maßgebenden Faktoren war in dem gegebenen Falle eine Absonderung durchaus möglich und durchführbar. In Wirklichkeit führte nicht die mangelnde Trennbarkeit, sondern die mit Rücksicht auf ein Verfahrenshindernis gebotene Durchbrechung der Teilrechtskraft zu einer Überprüfung auch der nicht angefochtenen Straftat. Hätte nämlich auch der Bundesgerichtshof die Verjährung dieses nicht angegriffenen Delikts übersehen, so wäre es bei der Teilrechtskraft geblieben, nur die abgetrennten Taten wären geprüft worden. Nicht die Untrennbarkeit, sondern die konsequente Fortbildung und Übertragung der Grundsätze, die für die Berücksichtigung von Verfahrenshindernissen auch bei einer Anfechtung nur des Strafausspruches gelten, sind das Argument für die Durchbrechung der Teilrechtskraft in diesem Falle.

In der Literatur ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofs begrüßt worden (1). Doch melden die Kritiker gegen die zweite Einschränkung, die der Bundesgerichtshof bei seiner These macht, Bedenken an. Denn es sei nicht einzusehen, warum bei einer Gesamtstrafe, die nachträglich gemäß § 79 StGB oder § 460 StPO gebildet wird, anders verfahren werden soll, als bei Festsetzung einer Gesamtstrafe auf Grund eines Verfahrens. Dem Bundesgerichtshof mag es wohl bedenklich erschienen sein, wegen eines schon früher abgeurteilten, aber verjährten Delikts aufzuheben, bei dem vor Einbeziehung in die Gesamtstrafe immerhin volle Rechtskraft eingetreten war, während es sich hier ja "nur" um eine durch Verzicht eingetretene Teilrechtskraft handelt. Trotzdem sollte hier kein Unterschied gemacht werden. Es scheint, daß auch der Bundesgerichtshof - einer verschiedentlich zu beobachtenden Tendenz folgend - hier die Teilrechtskraft weniger hoch bewertet als die totale Rechtskraft.

Forts.: 4) BGH 8, 269 = NJW 1956/110 = JZ 1956/417 = JR 1956/66 = DRiZ 1956 Rspr. S. 53 Nr. 295 = L.-M. Nr. 7 zu § 67 StGB.

1) Vgl. die Anm. von Fränkel in L.-M. Nr. 7 zu § 67 StGB und von Jescheck in JZ 1956/418.

b) Das Schrifttum ist dieser Rechtsprechung uneingeschränkt gefolgt. Es hat sogar über die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle hinaus den allgemeinen Grundsatz aufgestellt, daß die Teilrechtskraft immer zurückzutreten hat, wenn Prozeßvoraussetzungen fehlen oder Prozeßhindernisse vorhanden sind (1). Dieser Ansicht ist beizupflichten. Es leuchtet ein, daß auch das Rechtsmittelgericht - wie jedes andere Gericht - in jeder Verfahrenslage darauf zu achten hat, ob die Voraussetzungen für eine gerichtliche Tätigkeit überhaupt gegeben sind. Es geht mithin um die Grundlagen richterlicher Entscheidungsbefugnis. Mangelt es schon an diesen Vorbedingungen, so bleibt nur die Einstellung des gesamten Verfahrens übrig. Dem muß auch ein inzwischen rechtskräftig gewordener Schuldspruch zum Opfer fallen. Einer besonderen Aufhebung des Schuldspruchs bedarf es dabei nicht. Dieser wird mit der Einstellung des Verfahrens einfach wirkungslos (2). Bei der totalen Rechtskraft ist dies nicht so. Ein anderes Gericht, das an die Rechtskraft eines früheren Urteils gebunden ist (aktuell beim Rückfall), aber erkennt, daß das frühere Urteil wegen Verjährung nicht hätte ergehen dürfen, ist durch dieses Prozeßhindernis nicht in den Voraussetzungen seiner eigenen richterlichen Tätigkeit gestört. Fehlende Verfahrensvoraussetzungen oder vorhandene Verfahrenshindernisse stellen nur die Grundlage für das von ihnen unmittelbar betroffene Verfahren in Frage, nicht aber die Grundlagen der richterlichen Tätigkeit in einem späteren anderen Prozesse. Bei der Teilrechtskraft dagegen handelt es sich jedoch nach wie vor um ein und dasselbe Verfahren.

Der Fall liegt also klar, wenn sich ohne weiteres ergibt, daß ein Prozeßhindernis vorliegt. Ohne nähere Prüfung stellt dann der Richter das Verfahren ein, der Prozeß ist erledigt. Schwieriger wird es, wenn sich das Vorhandensein eines Verfahrenshindernisses nicht eindeutig feststellen läßt, wenn das Rechtsmittelgericht vielmehr selbst erst genauere Untersuchungen anstellen muß zu der Frage, ob überhaupt ein Prozeßhindernis besteht. Dies wird vor allem aktuell bei den Verfahrenshindernissen der Verjährung und der Amnestie. Wie aber stellt das Gericht

1) Vgl. Beling in GA 63, 191/192; Niederreuther in JW 1934/2435; Cochems, S.437; Spengel in ZStrW 67/568, 569; Kleinknecht in MDR 1955/434 als Anmerkung zu BGH 7, 283 = MDR 1955/433 unter Ziff. B III 1; Schwarz, Komm. zu StPO § 327 Anm. 1 B a aa; KMR, Einleitung Ziff. 11 f, § 327 Anm. 2 d; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 b; Eb. Schmidt, Lehrkomm. Teil I Nr. 174 a. E. mit Fußnote 194; Dallinger-Lackner, § 30 Anm. 13; Kern, Kurzlehrb., S. 188; Gage-Sarstedt, S. 46.

2) Vgl. Beling in GA 63/187; Spengel in ZStrW 67/569.

fest, ob Verjährung oder Amnestie gegeben sind? Dazu muß es zweifelsohne auf die Schuldfrage zurückgehen. Denn ob Amnestie oder Verjährung vorliegen oder nicht, hängt davon ab, wie der Sachverhalt rechtlich zu beurteilen ist (vgl. Strafrechtsgesetz 1954 und § 67 StGB). Auf welcher Grundlage soll nun das Rechtsmittelgericht prüfen, ob die Voraussetzungen der Amnestie bzw. der Verjährung gegeben sind oder nicht? Ist das Rechtsmittelgericht bei der Prüfung der Frage, unter welche Deliktshnorm die Tat einzuordnen ist, an die im rechtskräftigen Schuldspruch enthaltenen Feststellungen gebunden oder darf es selbst eigene Feststellungen hierzu treffen? - Für den Fall der Amnestie hat das Kammergericht (1) diese Frage angeschnitten. Zwar war der erkennende Senat in dem ihm vorliegenden Sachverhalt nicht genötigt, eine abschließende Stellungnahme abzugeben, doch ließ er unter Berufung auf das Reichsgericht (2) durchblicken, daß seiner Meinung nach das Rechtsmittelgericht in einem solchen Falle nicht an die Feststellungen im Schuldspruch gebunden sei. Man wird dieser Auffassung des Kammergerichts beitreten müssen. Denn wenn das höhere Gericht ohne Rücksicht auf eine Teilanfechtung verpflichtet ist, die Frage der Amnestie von Amts wegen zu beachten und zu prüfen, so dürfen ihm für eine solche Prüfung keine Beschränkungen auferlegt werden. Wenn es um die Grundlagen richterlicher Tätigkeit überhaupt geht, muß jedes Gericht frei sein. Es wäre wenig sinnvoll, auf der einen Seite die Beachtung der Prozeßvoraussetzungen über eine Rechtsmittelbeschränkung hinweg zu verlangen, und auf der anderen Seite den Richter bei dieser Prüfung an die Feststellungen im Schuldspruch zu binden. Dies gilt freilich nur, soweit das Gericht die Amnestiefrage untersucht. Nur soweit es zur Beantwortung dieser Frage notwendig ist, darf das Gericht den Sachverhalt rechtlich frei beurteilen und hierzu eigene Feststellungen treffen.

Das gleiche muß für die Verjährung gelten. Diesen Fall behandelt das OLG Braunschweig (3). Es gelangt dabei u. a. zu dem Ergebnis, daß das Rechtsmittelgericht bei der Prüfung der Verjährung nicht an die Feststellungen im Schuldspruch gebunden ist. Daran wäre nun nichts weiter auszusetzen. Doch kann der Begründung und den Schlußfolgerungen, die das OLG mit diesem Resultat verbindet, nicht zugestimmt werden. Dort kommt nämlich zum Ausdruck, daß einerseits die Verjährung mit der Straffrage verknüpft ist, andererseits aber die Verjährung nicht ohne ein Zurückgreifen auf die Schuldfrage geprüft werden kann, und daß deshalb die Verjährung als Bindeglied einen untrennbaren Zusammenhang zwischen Schuld- und Straffrage herstellt. Aus diesem Grunde meint das OLG, daß hier ein Rechts-

1) KG in VRS 8, 462; a. A. offenbar BGH 5 Str 180/55 vom 13. 9. 1955, mitgeteilt von Dallinger in MDR 1956/272, jedoch ohne nähere Begründung.

2) RG 74, 190.

3) NJW 1956/1118 = Nds. Rechtspfl. 1956/97.

mittel überhaupt nicht auf die Straffrage beschränkt werden könne (1). Dies kann nicht unwidersprochen bleiben. Denn einmal sind Verjährung und Straffrage durchaus nicht untrennbar miteinander verbunden. Wohl hängt die Strafzumessung davon ab, daß eine Verjährung nicht eingetreten ist. Aber umgekehrt hat die Prüfung der Verjährung mit der Strafzumessung gar nichts zu tun. Die Verjährung richtet sich nach der vom Gesetz angedrohten Strafhöhe und nicht nach der im konkreten Einzelfall zu verhängenden Strafe. Und zum anderen ist die Verjährung ebensowenig ein Bestandteil der Schuldfrage (§ 263 Abs. 3 StPO). Sie gehört vielmehr zu den Prozeßvoraussetzungen bzw. Prozeßhindernissen, die jedes Gericht von Amts wegen zu beachten und zu prüfen hat. Da ihre Bejahung oder Verneinung von der Einordnung der Straftat abhängt, muß das Beschwerdegericht hierzu zwangsläufig auf den Schuldspruch zurückgehen. Erscheinen dem Rechtsmittelgericht die dort getroffenen Feststellungen zu einer Beantwortung der Verjährungsfrage nicht ausreichend, so darf es ohne weiteres eigene selbständige Feststellungen treffen, die auch von denen im Rahmen der Schuldfrage abweichen können. Dieses zwangsläufige Übergreifen auf den Schuldspruch bewirkt aber nicht einen untrennbaren Zusammenhang zwischen Schuld- und Straffrage. Es dient nur der Untersuchung eines dritten, nämlich des Prozeßhindernisses der Verjährung. Auf die Trennbarkeit von Schuld- und Straffrage ist dies ohne Einfluß (2). Denn sonst wäre eine Abtrennung der Straffrage überhaupt niemals möglich, weil das Rechtsmittelgericht ja immer auf die Verjährung zu achten hat, und weil dies immer mit einem Zurückgehen auf die Schuldfrage verbunden ist. Es trifft aber auch nicht zu, daß die Prüfung der Verjährung eine Trennbarkeit nur dann verhindert, wenn die Beantwortung der Verjährungsfrage neue eigene Feststellungen des Rechtsmittelgerichts erfordert. Man kann nicht behaupten, daß die Verjährung im einen Falle Untrennbarkeit zwischen Schuld- und Straffrage bewirkt, im anderen Falle dagegen nicht; je nachdem, wie sich die Prüfung der Verjährung gestaltet. Dies wäre nichts anderes als der Versuch, die Frage der Trennbarkeit hinterher zu entscheiden. Das OLG Braunschweig sieht hier den Unterschied zwischen Ausnahmen vom Grundsatz der Trennbarkeit und Durchbrechung der Teilrechtskraft nicht. Es will eine Ausnahme vom Grundsatz der Trennbarkeit machen, anstatt - wie es richtig gewesen wäre - auf die Durchbrechung der Rechtskraft abzustellen. Die Prüfung der Verjährung ist aber kein Kriterium

-
- 1) Vgl. auch den Leitsatz zu der Entscheidung: "Eine Beschränkung des Rechtsmittels auf die Straffrage ist dann unzulässig, wenn es von der rechtlichen Qualifikation der Tat als Vergehen oder als Übertretung abhängt, ob die Straftat verjährt ist oder nicht."
 - 2) Vgl. Kubisch in NJW 1956/1530 als Anmerkung zu diesem Urteil.

für die Trennbarkeit von Entscheidungsteilen. Das OLG hätte hier von dem Grundsatz ausgehen müssen, daß Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhindernisse ohne Rücksicht auf Rechtsmittelbeschränkungen zu beachten und zu prüfen sind. Zur Prüfung der Verjährung hätte es auf die Einordnung der Tat im Schuldspruch zurückgehen müssen. Wären ihm an der Richtigkeit dieser Einordnung Zweifel gekommen, so hätte es hierzu im Wege des Freibeweises eigene Feststellungen treffen dürfen (1). Dem Problem der Trennbarkeit wäre dann das OLG nicht begegnet.

c) Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß ein Angriff auf die Straffrage das Rechtsmittelgericht nicht daran hindert, auf die Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse zu achten. Zur Prüfung dieser Voraussetzungen - aber nur dazu - ist das Gericht nicht an die Feststellungen im rechtskräftigen Schuldspruch gebunden, es darf vielmehr den Akteninhalt heranziehen und selbständig neue Tatsachen feststellen. Kommt es dabei zu dem Schluß, daß eine Prozeßvoraussetzung fehlt oder ein Prozeßhindernis vorliegt, so ist das ganze Verfahren einzustellen, ungeachtet der Rechtskraft des Schuldspruchs. Die Beschränkung auf die Straffrage und die dadurch entstandene Teilrechtskraft des Schuldspruchs werden durchbrochen. Ergibt sich bei dieser Prüfung umgekehrt, daß alle Prozeßvoraussetzungen bestehen und keine Prozeßhindernisse vorhanden sind, so bleibt es bei der Beschränkung. Die Teilrechtskraft des Schuldspruchs wird nicht angetastet. Auf seiner Grundlage prüft dann das Rechtsmittelgericht die Strafzumessung aufs neue.

Diese Grundsätze einer Durchbrechung der Teilrechtskraft gelten - das kann hier schon vorweg genommen werden - nicht nur für eine Teilanfechtung der Straffrage, sondern für alle Rechtsmittelbeschränkungen. Allerdings bedarf ein Punkt noch der Klarstellung. Die hier dargestellte Durchbrechung der Teilrechtskraft geschieht nicht, um dem Gebot materieller Gerechtigkeit Genüge zu tun, sondern aus Gründen einer Beachtung der Verfahrensvoraussetzungen. Ob der Schuldspruch materiellrechtlich richtig oder falsch ist, ist hier ohne Bedeutung. Selbst wenn das Verhalten des Angeklagten vom Erstgericht vollkommen richtig festgestellt und rechtlich beurteilt worden ist, wird der rechtskräftige Schuldspruch bei fehlenden Verfahrensvoraussetzungen ausgeschaltet. Insofern stellt sich hier die Alternative: Gerechtigkeit - Einhaltung der Rechtskraft, überhaupt nicht. Trotzdem kann sich in manchen Fällen die Gelegenheit bieten, einen falschen Schuldspruch zu beseitigen und gleichzeitig dem Gegensatz zwischen Erforschung der materiellen Wahrheit und Beachtung der Teilrechtskraft aus dem Wege zu gehen.

1) Kubisch, a. a. O., ist hier anderer Auffassung. Er meint, auch zur Beantwortung der Verjährungsfrage sei das Rechtsmittelgericht an die Feststellungen im Schuldspruch gebunden.

2) Handelten die oben untersuchten Fälle von Durchbrechungen um der Prozeßvoraussetzungen willen, so kann man die nun folgende Gruppe als Durchbrechungen um der Gerechtigkeit willen bezeichnen. Hier also ist der eigentliche Ort, an dem Gerechtigkeit und Rechtskraft voll aufeinander prallen; hier bieten sich kaum mehr Ausweichmöglichkeiten; hier muß geprüft werden, ob es nicht doch Fälle gibt, in denen sich das Gebot der Gerechtigkeit entgegen der allgemeinen Regel als stärker entpuppt und die Bindung an die Rechtskraft aus dem Felde schlägt.

a) Als erstes sind hier zu nennen die Urteile, in denen der Angeklagte aus einer Deliktshnorm bestraft wird, die es überhaupt nicht gibt; z. B. wegen versuchter Untreue, wegen versuchter Übertretung, wegen fahrlässigen Betruges oder wegen fahrlässigen Diebstahls. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob das Verhalten des Angeklagten überhaupt nicht unter einen strafbaren Tatbestand fällt oder ob es von einer anderen Strafnorm erfaßt wird. Denn dies wäre ja nur eine Frage der Subsumtion, die den Rechtsmittelrichter bei einer Beschränkung auf das Strafmaß nicht mehr zu interessieren hat. Hier geht es aber darum, ob der Oberrichter trotz Teilrechtskraft des Schuldspruchs ermächtigt ist, das Ergebnis dieser Subsumtion zu prüfen; d. h., ob die Gesetzhnorm, die - richtig oder falsch - herangezogen ist, einen gültigen Straftatbestand darstellt, also eine Rechtsnorm, deren Verwirklichung der Gesetzgeber unter Strafe gestellt hat (1). Diese Frage ist zu bejahen.

Das Reichsgericht hat dieses Problem bereits in einer älteren Entscheidung (2) angeschnitten und darin ausgeführt, daß die Prüfung, ob auf den festgestellten Sachverhalt eine Strafe überhaupt ausgesprochen werden durfte, immer zulässig sei. Allerdings dürfe hierbei, so meint das Reichsgericht, nur die Subsumtion unter die Strafnorm nachgeprüft werden, nicht aber die festgestellten Tatsachen. In einer weiteren Entscheidung (3) ist dieser Standpunkt vom Reichsgericht beibehalten und sogar dahingehend erweitert worden, daß auch die tatsächlichen Feststellungen insoweit nachgeprüft werden können. Später hat dann das Reichsgericht dieser Auffassung den Rücken gekehrt und konsequent eine Trennbarkeit der Straffrage und damit eine absolute Bindung an den Schuldspruch vertreten. Und dies mit Recht. Denn die beiden früheren Urteile des Reichsgerichts enthalten schließlich nichts anderes als die Behauptung, daß in gewissen Fällen

1) Vgl. Sarstedt in JR 1955/152 als Anmerkung zu BayObLGSt 1954/159 = JR 1955/151.

2) RG 22, 213 (217).

3) RG 33, 17 (21).

eine Nachprüfung der Subsumtion zulässig sein müsse. Trotz der später gefestigten Rechtsprechung des Reichsgerichts hat das Kammergericht (1) die Frage erneut zur Diskussion gestellt. Das Gericht kommt dabei zu dem Resultat, daß eine Bindung an den Schuldspruch dann nicht zuzugeben ist, wenn die Feststellungen nicht erkennen lassen, ob der Angeklagte überhaupt eine strafbare Handlung begangen hat. Auch diesem Erkenntnis muß die Zustimmung versagt werden. Denn es beinhaltet letzten Endes wiederum eine Überprüfung der Subsumtion trotz Rechtskraft des Schuldspruchs (2). - Demgegenüber modifiziert das Kammergericht später seine Meinung (3), wenn es nunmehr den Satz aufstellt, daß das Revisionsgericht auch bei einer Strafmaßberufung prüfen müsse, ob die Strafe überhaupt auf Grund eines zu Recht erlassenen Strafgesetzes verhängt worden ist. Damit stellt das Kammergericht nicht mehr auf eine Kontrolle der Subsumtionsfrage ab, sondern auf die Anwendung einer gültigen Strafnorm überhaupt. Unter Berufung auf diese Entscheidung hat nach dem 2. Weltkrieg vor allem das Bayerische Oberste Landesgericht (4) eine Durchbrechung des rechtskräftigen Schuldspruchs für zulässig erachtet, wenn das zur Begründung herangezogene Gesetz überhaupt kein Strafgesetz ist. Auch das OLG Hamm (5) steht dieser Auffassung durchaus positiv gegenüber, wenngleich es die Frage nicht endgültig entscheiden mußte.

Die genannten Urteile sind von der Rechtslehre, soweit sie dort Beachtung gefunden haben, durchweg akzeptiert worden (6). Ob man mit Spengel hier sogar von einem nichtigen Urteil sprechen kann, mag dahinstehen (7). Jedenfalls ist der Schuldspruch in einem solchen Maße fehlerhaft, daß es absurd wäre, andere Gerichte an ihn zu binden. Man kann nicht sagen, daß es in gradueller Hinsicht auf die Fehlerhaftigkeit des Schuldspruchs nicht ankommt, weil seine Bindungswirkung so oder so besteht. Wenn der Erstrichter Diebstahl statt Unterschlagung annimmt oder den Unrechtsausschließungsgrund der Notwehr oder die Zurechnungsunfähigkeit nicht beachtet, so hat er eben ein Strafgesetz falsch angewendet. Wenn er aber aus einem gar nicht existierenden Gesetz bestraft, so ist dies

1) HRR Bd. 3 S. 115.

2) So auch BayObLGSt 30, 121; vgl. dazu Niederreuther in JW 1934/2434.

3) JW 1932/1774 Nr. 26 (nur Leitsatz); ähnlich übrigens auch BayObLGSt 17, 115.

4) BayObLGSt 1953/263 = NJW 1954/611; und BayObLGSt 1954/159 = NJW 1955/395 mit Anm. v. Müller in NJW 1955/642 = JR 1955/151 mit Anm. v. Sarstedt in JR 1955/152 = VRS 8/197 = DAR 1955/66 = RdK 1955/88.

5) NJW 1954/613.

6) Vgl. Hegler, S. 427 r. Sp.; Niederreuther in JW 1934/2435; Spengel in ZStrW 67/561, 562; Sarstedt in JR 1955/152 als Anm. zu BayObLGSt 1954/159 = JR 1955/151; Müller in NJW 1955/642 als Anm. z. gleichen Urteil in NJW 1955/395; KMR, § 318 Anm. 3 b dd (2); Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 318 Anm. 6, § 352 Anm. 2 b. (Anm. 7) siehe nächste Seite)

etwas ganz anderes. Es macht immerhin einen wesentlichen Unterschied, ob der Richter einen gültigen Straftatbestand falsch anwendet oder ob er aus einem überhaupt nicht geltenden Strafgesetz Strafe verhängt. Im einen Falle wendet er das Recht falsch an, im anderen Falle wendet er falsches Recht an, indem er etwas gar nicht Gesetzmäßiges zur Strafnorm erhebt. Das Rechtsmittelgericht um der Rechtskraft willen an einen solchen Schuldspruch zu fesseln, wäre entschieden zu weit gegriffen. Auch der Rechtskraft selbst wäre damit ein Bären-dienst erwiesen. Denn mit ihrem Zweck, die Rechtssicherheit aufrecht zu erhalten, hätte dies kaum mehr etwas gemeinsam. Man hätte es dann nicht mehr mit Rechtskraft um der Rechtssicherheit willen, sondern nur noch mit Rechtskraft um ihrer selbst willen zu tun. Ihr prozessualer Zweck als Institution einer gesicherten Rechtspflege wäre dadurch zum reinen Selbstzweck erniedrigt. Es käme einem übersteigerten Formalismus gleich, wollte man die Teilrechtskraft hier nur aus Gründen der Konsequenz für unerschütterlich ansehen. Hier müssen auch einer Rechtskraft Grenzen gesteckt sein. Wenn es keinen vernünftigen Grund mehr gibt, als nur die Konsequenz des Systems, dann muß auch die Rechtskraft weichen, zumal sie dann ohnehin ihren Sinn verlöre und zur reinen Farce würde. - Freilich muß zugegeben werden, daß hier ein gewisses wertendes Element in Erscheinung tritt. Man könnte fragen, warum gerade hier eine Zäsur im Festhalten an der Teilrechtskraft? Warum sind nicht andere fast genau so schwere Verstöße geeignet, die Teilrechtskraft umzuwerfen? Also ist es letzten Endes doch willkürlich, wo man die Grenzen der Teilrechtskraft absteckt. Und weiter ließe sich dagegen vorbringen: Einer totalen Rechtskraft könnten selbst solche schwerwiegenden Fehler (Bestrafung aus einem gar nicht vorhandenen Strafgesetz) nichts anhaben. Bei einer Teilrechtskraft dagegen sollen sie beachtlich sein. Also ist die Teilrechtskraft eben doch auch eine weniger strenge Rechtskraft, wenn ihr derartige Einbußen zugemutet werden. - Unterstellt man die Richtigkeit dieser Gegenargumente, so läßt sich die oben dargelegte Durchbrechung der Teilrechtskraft dennoch aus anderen Gründen vertreten. Selbst wenn man diese für die Teilrechtskraft gezogene Grenze als Spekulation ansieht, rechtfertigen es immerhin noch gewichtige prozessuale Belange, in solchen Fällen den rechtskräftigen Schuldspruch umzustoßen. Denn woraus sollte der Rechtsmittelrichter eigentlich die neu festzusetzende Strafe entnehmen? Der vollkommen falsche Schuldspruch bietet ihm dafür keinen Strafraum. Mit Recht weisen das OLG Hamm und das Bayerische Oberste Landesgericht (1) auf dieses Argument hin

Forts.: 7) Spende I in ZStrW 67/561, 562. Es ist hier nicht der Ort, das Problem der sogenannten "nichtigen Urteile" zu behandeln.

1) NJW 1954/613 und BayObLGSt 1953/263.

und halten es deshalb auch dogmatisch für gerechtfertigt, hier den Schuldspruch trotz seiner Rechtskraft zu vernichten. Damit wird also eine aus Gründen der Gerechtigkeit geforderte Durchbrechung der Rechtskraft noch mit einem formalen Argument untermauert. Gerade das aber zeigt, daß man den Gerechtigkeitserwägungen allein eben doch nicht die letzte Durchschlagskraft zutraut, eine Rechtskraft zu Fall zu bringen. Nicht von ungefähr sichern sich deshalb diese Entscheidungen eine Rückendeckung dadurch, daß sie den formalen Grund eines überhaupt fehlenden Strafrahmens zur weiteren Begründung heranziehen.

Interessant ist in diesem Zusammenhange die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 21.12.1954 (2 St 711/54) (1). Hier hatte das Untergericht wegen Vollrausches aus § 330 a StGB bestraft und als Rauschatat eine versuchte fahrlässige Straßenverkehrsgefährdung angenommen. Trotz der Rechtsmittelbeschränkung auf die Entziehung der Fahrerlaubnis hat das Bayerische Oberste Landesgericht auch den rechtskräftigen Schuldspruch nachgeprüft, mit Rücksicht darauf, daß die angenommene versuchte fahrlässige Straßenverkehrsgefährdung gar keine Strafnorm darstellt. Der Fall liegt hier insofern verwickelter, als der Schuldspruch, nämlich das Vergehen nach § 330 a StGB, zwar einen gültigen Straftatbestand bildet, aber die ihm zugrunde gelegte Rauschatat, die zugleich Strafbarkeitsbedingung und Strafrahmen abgibt, keine gesetzlich niedergelegte Strafdrohung ist. Sarstedt (2) lehnt diese Nachprüfung des Schuldspruchs ab. Er meint, die angewendete Strafbestimmung sei allein der § 330 a StGB. Diese Vorschrift enthalte aber ein gültiges Strafgesetz. Dagegen gehöre die Rauschatat, auch wenn sie für den Strafrahmen gewisse Bedeutung habe, als Strafbarkeitsbedingung zu den Feststellungen, auf Grund deren § 330 a StGB angewendet werde. Bei einem bloßen Subsumtionsfehler sei aber bekanntlich eine Durchbrechung der Teilrechtskraft nicht zulässig. Eine Ausnahme will Sarstedt dann gelten lassen, wenn eine Rauschatat angenommen worden ist, die auch bei vorsätzlicher Begehung keiner Strafe unterliegt. Seiner Auffassung nach könnte dann wegen § 330 a Abs. 2 StGB für die Volltrunkenheit keine Strafe verhängt werden, was zu einer Vernichtung des Schuldspruchs führen müsse. Sarstedt's Ansicht überzeugt jedoch nicht. Er übersieht, daß, wie Müller (3) richtig bemerkt, der angewandte Straftatbestand nicht nur gültig sein, sondern auch einen brauchbaren Strafrahmen enthalten muß. Gerade dies ist bei § 330 a StGB allein nicht der Fall. Der genaue Strafrahmen ergibt sich erst aus der Verbindung von § 330 a StGB mit dem Rauschdelikt. Im vorliegenden Falle bedeutet aber die als Rausch-

1) BayObLGSt 1953/159 = NJW 1955/395 = JR 1955/151 = DAR 1955/66 = VRS 8, 197 = RdK 1955/88.

2) in JR 1955/152 als Anmerkung zu dieser Entscheidung.

3) In NJW 1955/642 als Anmerkung zu diesem Urteil.

tat angenommene versuchte fahrlässige Straßenverkehrsgefährdung kein gültiges Strafgesetz, weshalb sie auch keinen Strafraumen anbieten kann. Dies zwingt notgedrungen zu dem Schluß, daß auch dem Delikt der Volltrunkenheit der erforderliche Strafraumen genommen ist. Der Rechtsmittelrichter sieht sich damit der Tatsache gegenüber, daß der zunächst rechtskräftige Schuldspruch zwar aus einer gültigen Gesetzesnorm bestraft, aber keinen brauchbaren Strafraumen zur Verfügung hat. Die Folge davon kann nur sein, daß die Rechtskraft des Schuldspruchs trotz der Rechtsmittelbeschränkung durchbrochen werden muß, damit eine Nachprüfung desselben möglich ist (1).

Trotz prinzipieller Bedenken gegen Eingriffe in die Rechtskraft ist es also zumutbar, eine Durchbrechung der Teilrechtskraft dann zuzulassen, wenn das Vorgehen seine Verurteilung auf eine vom Gesetzgeber gar nicht geschaffene Strafdrohung stützt. Handelt es sich dabei doch nicht mehr um fehlerhafte Rechtsanwendung, sondern der so entscheidende Richter bewegt sich nicht mehr in den Grenzen strafrechtlicher Tatbestände; er sprengt vielmehr den Rahmen des geltenden Rechts und erweitert das Gebiet des überhaupt Strafbaren. Es besteht kein Grund, solchenfalls noch an der Rechtskraft festzuhalten. Jedoch sind - und das muß hier wiederholt werden - davon scharf zu trennen die Fälle, in denen das Gericht lediglich eine geltende Strafnorm falsch anwendet. Auch das Oberlandesgericht Hamm (2) hebt diese Antithese klar heraus. Liegt ein Fall der Durchbrechung der Teilrechtskraft vor, dann darf und muß das höhere Gericht dem rechtskräftigen Schuldausspruch zu Leibe rücken. Dabei wird nicht immer Veranlassung bestehen, den Angeklagten freizusprechen. Das Bayerische Oberste Landesgericht spricht in der bereits erwähnten Entscheidung BayObLGSt 1954/159 ff. dem Beschwerdegericht auch das Recht zu, an Stelle des angewandten ungültigen Straftatbestandes einen anderen zutreffenden zu setzen, wenn die vorliegenden Feststellungen ohne weiteres eine Bestrafung aus letzterem rechtfertigen. Während aber das Bayerische Oberste Landesgericht nur eine entsprechende Umdeutung des Schuldspruches vornehmen will, wird man besser eine gänzlich neue Entscheidung über die Deliktsfrage im Wege der Schuldspruchauswechslung fordern müssen. Und zwar nicht nur mit Rücksicht auf eine neue Strafzumessung (3), sondern auch um der Klarheit und Übersichtlichkeit willen.

Um spätere Wiederholungen zu vermeiden, sei hier noch abschließend bemerkt, daß auch bei anderen Teilanfechtungen (z. B. von einzelnen Teilen des Straf-

1) So auch Spengel in ZStrW 67/562 in Anm. 24.

2) a. a. O.

3) Worauf Müller a. a. O. und Spengel a. a. O. zutreffend hinweisen.

ausspruches) eine solche Durchbrechung der Rechtskraft zulässig ist (1). Daß das Revisionsgericht bei einer Teilaufhebung die Ungültigkeit der angewandten Strafbestimmung übersieht und den Schuldspruch rechtskräftig werden läßt, dürfte wohl Theorie bleiben. Trotzdem wäre auch in einem solchen Falle das Tatgericht zur Durchbrechung der eingetretenen Rechtskraft und damit zur Nachprüfung des Schuldspruchs befugt.

b) An sich wäre damit der Katalog der Rechtskraftdurchbrechungen bereits erschöpft. Denn es lassen sich sonst kaum Fälle finden, in denen eine Durchbrechung der Teilrechtskraft zwangsläufig notwendig ist. Trotzdem ist noch eine Gruppe von Sachverhalten zu erwähnen, in denen eine Durchbrechung der Teilrechtskraft noch hingenommen werden kann. Es handelt sich dabei um solche Fälle, bei denen der Angeklagte überhaupt nicht Täter ist. Sei es nun, daß ein anderer die Tat begangen hat, oder sei es, daß gar keine strafbare Handlung vorliegt und demzufolge auch kein Täter existieren kann. Als Beispiele sind zu nennen: Der Diebstahl ist nicht von dem Angeklagten A, sondern von B begangen worden (Verwechslung des Täters); oder A wird eines angeblichen Diebstahls bezichtigt, während später die Sache als nur verloren gegangen wiedergefunden wird (2); oder A wird wegen Meineids verurteilt, aber in der Berufungsinstanz stellt sich heraus, daß die beschworenen Tatsachen richtig sind (3). Ob das von Peters (4) beschriebene Beispiel - der angeklagte Ehemann nimmt für seine in Wahrheit schuldige Ehefrau die Tat auf sich, wird verurteilt und beschränkt dann seine Rechtsmittel auf die Straffrage - hierher gehört, mag schon zweifelhaft erscheinen. Denn sein Verhalten könnte immerhin den Tatbestand des § 145 d StGB (2. Alternative) erfüllen. Damit wäre er aber schon Täter. Wohlgermerkt, es geht hier nicht um Fälle, in denen der Angeklagte aus Mangel am inneren Tatbestand hätte freigesprochen werden müssen. Denn dabei hätte er immerhin eine Tat begangen, die aber wegen fehlender Schuld nicht zur Bestrafung führt. Vielmehr ist an solche Sachverhalte gedacht, in denen der Angeklagte bei richtiger Würdigung von vornherein gar nicht Täter ist, in denen er nicht einmal den objektiven Tatbestand eines Delikts verwirklicht hat. Hier wohnt dem Schuldspruch jedenfalls ein solches Maß von Fehlerhaftigkeit inne, daß seine Aufhebung trotz der Rechtsmittelbeschränkung naheliegt. Daß gegen eine solche Ausweitung der Durchbrechungen beachtliche Argumente sprechen, muß dabei klar erkannt werden (5). Denn eine Nachprüfung des Schuldspruches

1) Mit dem BayObLGSt 1954/159 auch bei bloßer Anfechtung der Entziehung der Fahrerlaubnis.

2) Beispiel v. Meister, S. 713.

3) Peters, S. 391 Beispiel b). 4) S. 391 Beispiel d).

5) Nicht ohne berechtigten Grund verweigert Niederreuther in JW 1930/2434 einer derartigen Durchbrechung der Rechtskraft die Zustimmung. Ebenso BayObLG 30, 121.

kann hier "nur" Gerechtigkeitserwägungen für sich in Anspruch nehmen. Daß damit bereits ein Schlag gegen die Rechtskraft geführt wird, sollte nicht übersehen werden. Wenn eine Durchbrechung der Teilrechtskraft trotzdem vertretbar erscheint, dann nur deshalb, weil der Schuldspruch einen kaum noch akzeptablen Grad von Ungerechtigkeit erreicht hat.

3) Damit ist aber auch die äußerste Grenze einer Durchbrechung der Teilrechtskraft erreicht. Jeder Schritt darüber hinaus würde unweigerlich zu einer Aufweichung der Rechtskraft und damit zur Zerstörung der Rechtssicherheit führen. Wohl mag es noch eine Vielzahl von Fällen geben, in denen die Sperrwirkung der Rechtskraft hart, ja fast unerträglich anmuten mag. Doch wo hier beginnen und wo aufhören? Jeder Versuch in dieser Richtung müßte zwangsläufig zu immer weiteren Ausweitungen führen, so daß die Teilrechtskraft am Ende nur mehr ein unbrauchbarer Torso wäre. Denn ist der schwankende Boden erst einmal betreten, so entgleitet das Steuer rasch der Kontrolle. Das festgefügte Institut der Rechtskraft würde bald bis zur Unkenntlichkeit verstümmelt sein und sich in Unverbindlichkeiten auflösen.

a) Allen Versuchen, diesen Bezirk zu überschreiten, muß energisch Widerstand entgegengebracht werden. Dies hat auch im Falle einer später erkannten Zurechnungsunfähigkeit des Verurteilten zu gelten (1). Gerade in diesem Punkt ergeben sich immer wieder Bestrebungen, wenigstens hier eine Nachprüfung des rechtskräftigen Schuldspruchs zuzulassen. So haben in letzter Zeit vor allem v. Hippel (2), Meister (3), Peters (4) und Spengel (5) einer Durchbrechung der Rechtskraft bei gänzlicher Zurechnungsunfähigkeit das Wort geredet. Selbst das Reichsgericht, sonst in Fragen der Teilrechtskraft konsequent und unbeirrbar, ist in vereinzelten Entscheidungen dieser Versuchung zum Opfer gefallen (6). Es hat dabei trotz beschränkter Rechtsmitteleinlegung eine Nachprüfung des rechtskräftigen Schuldspruchs mit Rücksicht auf eine erkennbar gewordene Zurechnungsunfähigkeit des Täters hingenommen. Allerdings hat das Reichsgericht in späteren Urteilen (7) diese Neigungen bald wieder aufgegeben

1) Auf diese Frage wird auch später bei Anfechtung anderer Urteilsteile noch einzugehen sein.

2) S. 579. 3) S. 713. 4) S. 390, 392.

5) ZStrW 67/565, 566 und NJW 1955/1290.

6) Vgl. RG in HRR 1934 Nr. 1417; RG in JW 1934/2913 Nr. 13 und 14.

7) RG in JW 1934/2914 Nr. 15; RG 69, 111.

und ist auch in dieser Frage zu seiner ursprünglichen Linie zurückgekehrt (1). Sehr eindrucksvoll haben schon damals Weber (2) und Niethammer (3) diese Tendenzen bekämpft. Insbesondere Weber weist überzeugend nach, daß auch dann, wenn es um Fragen der Zurechnungsfähigkeit geht, keine Ausnahme gemacht werden könne, obschon sich Schuld- und Straffrage hier sehr nahe kommen. In jüngster Zeit war auch dem Bundesgerichtshof Gelegenheit gegeben, sich mit diesem Problem zu beschäftigen (4). In seiner lebhaft besprochenen Entscheidung (5) hatte der Bundesgerichtshof ein landgerichtliches Urteil nur im Strafausspruch aufgehoben und zurückverwiesen, weil die Anwendung des § 51 Abs. 2 StGB zu Unrecht verneint worden war. In der Neuverhandlung hatte das Landgericht die gänzliche Zurechnungsunfähigkeit des Angeklagten festgestellt und mit dieser Begründung auch den rechtskräftigen Schuldspruch geändert. Auf die abermalige Revision des Angeklagten hob der Bundesgerichtshof das landgerichtliche Urteil erneut auf, weil es sich über die Sperrwirkung des rechtskräftigen Schuldspruches hinweggesetzt habe. In der Begründung kommt zum Ausdruck, daß die Bedeutung der Rechtskraft für die Rechtssicherheit mit Entschiedenheit betont werden müsse, auch gegenüber den vom Rechtsgefühl getragenen Erwägungen, die auf das Gebot unbedingter Gerechtigkeit abstellen und deshalb einen Einbruch in die Rechtskraft verlangen. Mit Recht weist der Gerichtshof darauf hin, daß in dem seiner Entscheidung unterstellten Sachverhalt der Schuldspruch durch die alleinige Aufhebung der Strafzumessung rechtskräftig und damit bindend geworden sei. Eine dennoch vorgenommene Nachprüfung der Deliktsfrage sei deshalb ein Einbruch in die Rechtskraft, der nicht gerechtfertigt werden könne. Die von Spendel (6) gegen diese Entscheidung vorgebrachten Bedenken vermögen nicht zu überzeugen. Er entnimmt seinen Einwand der sogenannten Doppelrelevanz bestimmter Tatsachen, d. h. also solcher Tatsachen, die für Schuld- und Straffrage gleichermaßen beachtlich sind und in der Praxis kaum getrennt werden können. Seiner Meinung nach handelt es sich gerade bei Prüfung der Zurechnungsfähigkeit um solche Tatsachen. Deshalb lasse sich der Grad der Zurechnungsfähigkeit nicht ohne erneutes Eingehen auf die Zurechnungsfähigkeit überhaupt untersuchen. Spendel meint, daß die verminderte Zurechnungsfähigkeit nur

1) z. B. RG in HRR 1930 Nr. 1080 = DRiZ 1930 Nr. 225.

2) S. 2885 ff.

3) S. 123; auch Niederreuther in JW1934/2434 wendet sich dagegen.

4) BGH 7, 283 = NJW 1955/917 = JZ 1955/428 = MDR 1955/433 = L. -M. Nr. 8 zu § 264 StPO.

5) vgl. Spendel in NJW 1955/1290; Niethammer in JZ 1955/429; Kleinknecht in MDR 1955/434; Krumme in L. -M. Nr. 8 zu § 264 StPO.

6) a. a. O.

in Verbindung mit der Zurechnungsfähigkeit schlechthin geprüft werden könne. Wenn es sich also um Fragen der Zurechnungsfähigkeit handele, sei dadurch ein untrennbarer Zusammenhang zwischen Schuld- und Straffrage gegeben, der trotz Abtrennung der Straffrage zu einer Nachprüfung des rechtskräftigen Schuldspruchs nötige. Dem ist entgegenzuhalten, daß die beiden Absätze des § 51 StGB der Teilung eines Urteils in Schuld- und Straffrage entsprechen. Während § 51 Abs. 1 StGB unzweifelhaft zu den Schuld-elementen gehört, hat § 51 Abs. 2 StGB nur für die Strafzumessung Bedeutung. Es ist also keine Zerreißung eines einheitlichen Vorganges, wenn der Richter nur über die verminderte Zurechnungsfähigkeit zu befinden hat. Seine hierauf gerichteten Untersuchungen haben nur den Zweck, eine dem Schuldspruch angemessene Strafe zu finden. Die Schuld als solche und mit ihr die Zurechnungsfähigkeit stehen für ihn fest, gleichgültig, ob letztere besonders geprüft worden ist oder nicht. Letzten Endes beruhen Spengel's Bedenken eben doch darauf, daß er sich mit der in solchen Fällen entstehenden Ungerechtigkeit nicht abfinden will.

Ein Argument, das auch Kleinknecht (1) veranlaßt, der Entscheidung des Bundesgerichtshofs nur mit halbem Herzen zuzustimmen. Demgegenüber begrüßen Niethammer und Krumme (2) dieses Urteil, weil es an der Rechtskraft als "Garantie der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens" festhält, auch wenn sie in Widerstreit mit dem Gebote unbedingter Gerechtigkeit tritt. Allerdings hält es der Bundesgerichtshof selbst in den Fällen für vielleicht möglich, die Forderung nach materieller Gerechtigkeit zu erfüllen, in denen eine Teilanfechtung vorliegt, also nicht eine Teilaufhebung durch das Revisionsgericht. Seiner Ansicht nach könnte unter Umständen eine Beschränkung der Anfechtung dann für unzulässig erachtet werden, wenn eine neue Entscheidung über die Schuldfrage auf Grund der für die Strafzumessung festgestellten Tatsachen zu einer Verneinung der Schuld führen würde. Diese vom Bundesgerichtshof für möglich gehaltene Unterscheidung leuchtet jedoch nicht ein. Deshalb sollte hier ein Unterschied gemacht werden? Teilrechtskraft bleibt Teilrechtskraft; ob sie durch eine Teilanfechtung oder durch eine Teilaufhebung entstanden ist, bleibt ohne Bedeutung. Es ist kein Grund vorhanden, diese Fälle getrennt zu behandeln.

Es muß daher mit dem Bundesgerichtshof und der herrschenden Meinung daran festgehalten werden, daß auch bei Zweifeln in der Frage der Zurechnungsfähigkeit keine Ausnahme von der Sperrwirkung der Teilrechtskraft zu gelten hat (3).

1) a. a. O.

2) beide a. a. O.

3) Vgl. Weber, S. 2890.

Daß gerade dabei Rechtskraft und Gerechtigkeit in scharfen Gegensatz geraten, darf nicht irre machen. Immerhin hat der Angeklagte auch hier die Tat begangen. Daß ihn aus Gründen der Zurechnungsunfähigkeit kein Schuldvorwurf trifft, muß bei der Schuldfrage festgestellt werden. Hat das untere Gericht in dieser Beziehung fehlerhaft geurteilt, so kann dies nur mit einem Angriff auf den Schuldspruch korrigiert werden. Die ausschließliche Anfechtung der Strafzumessung gibt dem Rechtsmittelgericht hierzu keine Befugnis, mögen auch die Feststellungen zur Schuld- und Straffrage in solchen Fällen eng aneinander grenzen.

b) Ebensowenig wie mit Hilfe des § 51 StGB kann über den Umweg des § 301 StPO eine Änderung des rechtskräftigen Schuldspruchs erzielt werden. § 301 StPO erlaubt dem Beschwerdegericht lediglich, bei einem von der Staatsanwaltschaft zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten Rechtsmittel auch zu seinen Gunsten zu entscheiden. Mit den Fragen der Rechtsmittelbeschränkung und dem Umfang des obergerichtlichen Prüfungsrechts hat diese Vorschrift nichts zu tun. Es kann also auf Grund einer vom Staatsanwalt zu Ungunsten des Verurteilten eingelegten Strafmaßberufung der rechtskräftige Schuldspruch nicht zugunsten des Verurteilten geändert werden. Nur die Strafzumessung kann trotz des auf Verschärfung lautenden Antrags der Staatsanwaltschaft gemildert werden. Die Deliktsfrage bleibt auch in diesem Falle für das höhere Gericht tabu. § 301 StPO gilt nur im Rahmen der Rechtsmittelbeschränkung (1). Denn als "angefochtene Entscheidung" nach § 301 StPO ist nur derjenige Teil des Urteils anzusehen, der mit einem Rechtsmittel wirksam bekämpft wird.

c) Abschließend ist festzuhalten, daß eine Durchbrechung der Teilrechtskraft nur in den unter Ziffer 1 und 2 beschriebenen Fällen möglich ist. Sonstige Ausnahmen können nicht geduldet werden. Dabei ist freilich einzuräumen, daß das Gebot der materiellen Gerechtigkeit hie und da stärksten Belastungsproben ausgesetzt wird. Die Ursache hierfür ist jedoch nicht in einer fehlerhaften Rechtsprechung zu suchen, sondern in den vom Gesetzgeber gefaßten Bestimmungen. Der Wortlaut dieser Vorschriften nötigt zu einer mitunter starr anmutenden Haltung in der Frage der Teilrechtskraft. Solange aber die gesetzlichen Bestimmungen nicht geändert werden, bietet sich für eine andere Auffassung kein Raum. Die hier auftretenden

1) Vgl. RG in HRR 3, S. 77; RG 47, 382; 63, 186 letzter Absatz; BayObLGSt 17, 113; 18, 117; OLG Hamm in HEST 2, 123; ferner Erbs, Komm.z. StPO § 301 Anm. I; Schwarz, Komm.z. StPO § 301 Anm. 1; KMR, § 301 Anm. 1; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 301 Anm. 1; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 301 Randnote 3.

Spannungen zwischen Rechtskraft und Gerechtigkeit stehen in der Strafprozeßordnung nicht allein. Man denke nur an das Revisionsverfahren. Wenn dort der Beschwerdeführer lediglich prozessuale Mängel rügt, steht das Revisionsgericht Fehlern im Bereiche des materiellen Rechts, mögen sie noch so schwer und augenfällig sein, machtlos gegenüber.

Die Aufrechterhaltung des Instituts der Teilrechtskraft läßt sich nicht verquicken mit dem Zugeständnis, trotz einer Rechtsmittelbeschränkung auch die nicht angefochtenen Urteilselemente nachzuprüfen. Man muß, wie Weber (1) mit Recht ausführt, "das eine oder das andere fallen lassen". Ebenso wenig kann man einerseits eine Teilanfechtung hinnehmen und andererseits dann trotzdem den nicht angegriffenen und rechtskräftig gewordenen Teil umstoßen, weil es, je nach den Umständen, die Gerechtigkeit erfordert. Auf eine positive Formel gebracht heißt dies, um aus dem schon fast klassisch gewordenen Aufsatz von Niehammer (2) zu zitieren: "Überall, wo es sich um Rechtskraftwirkung handelt, sind Klarheit und Festigkeit geboten."

1) S. 2889.

2) S. 122.

ZWEITER HAUPTTEIL

Die Trennbarkeit innerhalb der Schuldfrage

Im Mittelpunkt des letzten Abschnitts stand der Versuch, die drei Hauptbestandteile einer gerichtlichen Entscheidung auf ihre Trennbarkeit zu prüfen. Nun gilt es zu untersuchen, ob innerhalb dieser drei Teile Trennungsmöglichkeiten vorhanden sind. Die folgenden Erörterungen zielen also darauf ab, darzulegen, ob sich die bisher besprochenen Entscheidungsteile in weitere Teilkomplexe zerlegen und zergliedern lassen, mit der Wirkung, daß diese aus der Einheit des Urteilsspruches herausgelöst und selbständig angefochten werden können.

I. DIE BESTANDTEILE DER SCHULDFRAGE

Die bisher als geschlossenes Ganzes behandelte Schuldfrage setzt sich bekanntlich aus zwei verschiedenen Elementen zusammen: auf der einen Seite aus den tatsächlichen Feststellungen und zum anderen aus deren rechtlicher Subsumtion unter die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale. Dem Richter offenbaren sie sich als zwei Fragenkreise, die er auf dem Wege zur Urteilsfindung sehr wohl unterscheiden muß. Mögen sie auch in der praktischen Rechtsfindung infolge ihrer wechselseitigen Beziehungnahme oft ineinander fließen, so heben sie sich jedenfalls für die Theorie klar und deutlich voneinander ab. Dem Gericht obliegt es zunächst, die Tatsachen festzustellen, also das, was überhaupt geschehen ist. Die nächste Gedankenoperation besteht darin, das Gesetz auf diesen festgestellten Sachverhalt anzuwenden, das heißt, den Sachverhalt unter einen oder mehrere der vom Gesetzgeber normierten Tatbestände zu subsumieren. Für diese beiden Fragenkomplexe haben sich die Bezeichnungen Tat- bzw. Beweisfrage und Rechts- bzw. Subsumtionsfrage eingebürgert. Das Ergebnis dieser richterlichen Gedankenarbeit schlägt sich dann im Schuldspruch nieder. Während aber der Schuldspruch als solcher einen Platz im Urteilstenor einnimmt, sind die tatsächlichen Feststellungen und ihre rechtliche Bewertung als Unterbau des Schuldspruchs, als sogenannter Syllogismus, in die Entscheidungsgründe verwiesen.

1. Zurückkehrend zum eigentlichen Thema stellt sich nun die Frage, ob diese beiden Bestandteile des Schuldspruchs getrennt angefochten werden können, mit der Wirkung, daß der jeweils nicht angefochtene Teil für das Rechtsmittelgericht bindend wird und seiner Nachprüfung entzogen bleibt. Die Antwort hierauf darf gleich vorweg genommen werden. Sie kann nur "nein" heißen.

Will also der Beschwerdeführer sein Rechtsmittel auf eine andere Feststellung des tatsächlichen Geschehensablaufs beschränken, so ist dem die Wirksamkeit versagt. Die Richtigkeit dessen liegt auf der Hand. Nicht allein deswegen, weil nach allgemeiner Auffassung ein Rechtsmittel nur auf Teile des Urteilstenors, aber niemals auf Urteilsgründe beschränkbar ist. Auch die innere Zusammengehörigkeit von Tatfrage und Rechtsfrage verbietet es, beide auseinanderzureißen. Es könnte sich sonst das kuriose Bild ergeben, daß über die rechtliche Einordnung eines Sachverhalts bindend entschieden ist, bevor dieser überhaupt feststeht. Dies ist ganz und gar unmöglich. Die Beweisfrage ist kein selbständiges Urteilelement, das für sich allein nachgeprüft werden kann (1).

Ebensowenig ist im umgekehrten Falle eine alleinige Anfechtung der Subsumtionsfrage denkbar. Denn auch die Rechtsfrage besitzt keine Selbständigkeit und Unabhängigkeit innerhalb der gesamten Schuldfrage. Ihre Prüfung macht es notwendig, daß sich das Rechtsmittelgericht mit dem gesamten Tatsachenmaterial auseinandersetzt. Freilich lassen sich Fälle denken, in denen eine Trennung praktisch durchführbar wäre. Dies mag vor allem dann zutreffen, wenn die tatsächlichen Geschehnisse völlig umfassend nach jeder Richtung aufgeklärt sind. Hier bietet sich dem Berufungsgericht keine Möglichkeit mehr, neue ergänzende Feststellungen zu treffen. Seine Aufgabe kann nur noch darin bestehen, auf diesen Sachverhalt das Gesetz anzuwenden. Ein weiterer Fall dieser Art wäre, wenn der Täter den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt als zutreffend anerkennt, sich aber mit dessen Bewertung als Diebstahl nicht zufrieden gibt, sondern sein Verhalten als Unterschlagung geahndet sehen will. Im Grunde genommen entspricht dies also genau einer *revisio in jure*, obwohl sie mit dem Rechtsmittel der Berufung geltend gemacht ist. Wohl unter dem Eindruck solcher Fälle ist früher hin und wieder eine Beschränkung der Berufung auf die Rechtsfrage als wirksam angesehen worden (2). Diese Auffassung verkennt jedoch das

-
- 1) Vgl. RG 60, 109; 63, 357 (359); ferner v. Kries, S. 660; Bennecke, S. 741; Schneider, S. 88; Heslenfeld, S. 306; Henkel, S. 427; KMR, § 318 Anm. 3 b (cc); Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 b, 2. Abs.
 2) z. B. v. Schwarze in HH S. 283; v. Bomhard-Koller, § 354 Anm. 3 S. 258; Keller, S. 472. Eckstein, S. 362, 363, stellt auf den Einzelfall ab; er will bei erschöpfender Sachaufklärung durch das untere Gericht eine beschränkte Rechtskraft der Tatfrage eintreten lassen.

Verhältnis von Tat- und Rechtsfrage. Dieses Verhältnis wird nicht danach ausgerichtet, ob in vereinzelten Ausnahmefällen vielleicht eine Trennung rein technisch erzielt werden kann. Entscheidend ist vielmehr der begriffliche Zusammenhang beider Teile. Er läßt es nicht zu, daß die Rechtsfrage allein Gegenstand einer Berufung sein kann. Denn die Beziehungen zwischen Beweis- und Subsumtionsfrage sind nicht dergestalt, daß der Richter erst nach vollständiger Beantwortung der Beweisfrage zur Prüfung der Rechtsfrage übergehen kann. Die Prüfung der Tatfrage braucht keineswegs abgeschlossen zu sein, um in die Untersuchung der Rechtsfrage eintreten zu können. Tat- und Rechtsfrage stehen prozessual nicht im Verhältnis von Grund und Folge zueinander. Im praktischen Fall geht die Gedankenkette des Richters in stetigem Wechsel hin und her; vom Tatsächlichen zum Rechtlichen und umgekehrt. Hat beispielsweise das Gericht einen bestimmten Sachverhalt unter eine Strafnorm subsumiert und erscheint ihm diese Rechtsfolge als zweifelhaft, so wird es vom Rechtlichen wieder auf das Tatsächliche zurückgehen und den Sachverhalt erneut prüfen. Diese stetigen Wechselbeziehungen zwischen Tat- und Rechtsfrage stellen eine so enge Verbindung zwischen beiden Teilen her, daß sie vom logisch-begrifflichen Standpunkt aus nicht trennbar sind. Dem kann man auch nicht entgegenhalten, daß beim Rechtsmittel der Revision das Gesetz selbst eine Teilung zwischen Tat- und Rechtsfrage vorschreibt. Die hierfür einschlägigen Bestimmungen verfolgen nur den Zweck, die Revisionsgerichte von der Aufgabe tatsächlicher Feststellungen zu entlasten und ihren Blick auf reine Rechtsfragen hinzulenken. Erachtet nämlich das Revisionsgericht den Sachverhalt als mangelhaft festgestellt und für eine Beantwortung der Subsumtionsfrage ungenügend, so ist es verpflichtet, den Prozeß zu erneuter Sachaufklärung an die Vorinstanz zurückzuverweisen. Diese vom Gesetz nur für das Revisionsverfahren getroffenen Ausnahmebestimmungen geben über ihren eigentlichen Zweck hinaus keinen Anhaltspunkt für eine Trennbarkeit von Tat- und Rechtsfrage. Außerhalb des Revisionsverfahrens muß es dabei bleiben, daß ein getrennter Angriff auf die Rechtsfrage nicht möglich ist. Mit Recht haben Rechtsprechung und Rechtslehre hieran festgehalten. (1)

1) Vgl. RG 60, 109; RG in JW 1928/2270; RG in LZ 1929/496; RG in JW 1931/2831 Nr. 53 mit zustimmender Anmerkung von Lissner; OLG Hamm in NJW 1955/644 = VRS 8/371. Ferner Stenglein, Lehrb. S. 383; ders. Komm. § 368 Anm. 1 S. 554; Ullmann, S. 596; Bennecke, S. 741; Meyer, S. 133; Schlayer, S. 711/712; Schneider, S. 89, 90 mit ausführlicher Begründung; Heslenfeld, S. 306; Graf Dohna, S. 197; Niederreuther in JW 1934/2434; Hartung in SJZ 1949/66; Henkel, S. 427; Erbs, Komm. zur StPO § 318 Anm. IV; KMR, § 318 Anm. 3 b (cc).

Als erstes Ergebnis läßt sich jetzt vorweisen, daß innerhalb der Schuldfrage eine Rechtsmittelteilung nach Tat- und Rechtsfrage nicht durchführbar ist. Es kann keine ohne die andere angefochten werden. Beide bedingen einander. Engisch (1) spricht hier von "innerer Verknüpfung und teilweise unauflöslicher Strukturverschlingung zwischen Feststellung und Subsumtion". Verneint man eine solche Trennbarkeit, so ergibt sich als logische Folge, daß weder die Tatfrage noch die Rechtsfrage allein in Rechtskraft erwachsen können. Auf eine allgemeine Formel gebracht bezeichnet man dies als den Grundsatz der Unteilbarkeit der Schuldfrage (2).

2. Auf der Grundlage des eben gewonnenen Resultats erscheint es selbstverständlich, daß auch innerhalb der Tatfrage oder der Rechtsfrage keine weiteren Unterteilungen vorgenommen werden dürfen. Denn wenn schon Tat- und Rechtsfrage nicht isoliert anfechtbar sind, dann muß es erst recht unmöglich sein, einzelne Bestandteile von ihnen herauszugreifen und zu bekämpfen.

a) Es ist danach gänzlich ausgeschlossen, innerhalb der Tatfrage einzelne spezielle Feststellungen abzusondern und sie zum Ziel eines Rechtsmittelangriffs zu machen. Daß sich theoretisch Fälle konstruieren lassen, in denen die Änderung einer einzelnen Tatsachenfeststellung ohne Wirkung auf das ganze sonstige Urteil bleibt, spricht nicht dagegen (3). Denn maßgebend ist nicht die Gestaltung

1) "Einführung in das juristische Denken", Anm. 48 am Ende des Werkes.

2) Mit diesem Ergebnis übereinstimmend RG 2, 289 (291); 60, 109; 61, 322; 63, 357 (359); 64, 152; RG in JW 1928/2270; RG in LZ 1929/496; RG in JW 1931/2831 Nr. 53; OLG Braunschweig in MDR 1947/136; OLG Hamm in NJW 1955/644. Ferner v. Kries, Rechtsmittel S.100; ders. Lehrb. S. 660; Stenglein, Lehrb. S. 383, 388; Bennecke, S. 741; Bennecke-Beling, S. 441; Meyer, S. 133; Schlayer, S. 732; Rosenfeld, S. 256; Heslenfeld, S. 306; Doerr, § 318, S. 165; Niethammer, S. 121, 122; Hartung in SJZ 1949/66; Schwarz, Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 B b; Erbs, Komm. z. StPO § 318 Anm. III; KMR, § 318 Anm. 3 b (cc); Löwe-Rosenberg (Jagus), § 344 Anm. 4 b, § 353 Anm. 3 b; Gage-Sarstedt, S. 47; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 25.

3) z.B. der Angeklagte will in der Berufungsinstanz lediglich festgestellt wissen, daß er nicht durch das dritte, sondern nur durch das vierte Fenster von links eingestiegen sei. Eine solche Änderung würde freilich nichts an der Annahme eines Einbruchdiebstahls und an der dafür bemessenen Strafe ändern. Aber was sollte dies andererseits dem Angeklagten nützen?

besonders gelagerter Einzelfälle, sondern die Zusammengehörigkeit der verschiedenen tatsächlichen Feststellungen im allgemeinen. Daher bildet der festgestellte Sachverhalt jedenfalls insoweit ein einheitliches Ganzes, als er nicht im Wege einer Rechtsmittelbeschränkung zerrissen werden darf (1). Ließe man die gesonderte Anfechtung einzelner Feststellungen allgemein zu, so müßten auch die ihnen entsprechenden Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes neu geprüft werden. Die Folge wäre, daß die Merkmale eines einzigen Straftatbestandes gespalten würden, in solche, die einwandfrei erfüllt sind (infolge Nichtanfechtung ihrer korrespondierenden Tatsachen), und solche, deren Vorliegen nachgeprüft werden muß (weil die ihnen entsprechenden Tatsachen angegriffen sind). Man sieht, diese Betrachtungsweise würde sich selbst ad absurdum führen. Die Unteilbarkeit der Tatfrage wird noch dadurch erhärtet, daß das Revisionsgericht die dem Schuldspruch zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen nur im Ganzen aufheben darf, niemals aber nur einen Teil derselben (2).

b) Um nichts weniger gilt die Unteilbarkeit der Schuldfrage auch im Rahmen der Rechtsfrage. Es ist unmöglich, aus der vom Vorgericht angewandten Strafnorm einzelne Tatbestandsmerkmale herauszulösen und nur sie einer Nachprüfung zu unterstellen. Man kann nicht allein das Merkmal der "Wegnahme" oder der "Fremdheit" beim Diebstahl, der "Täuschungshandlung" beim Betrüge, der "Verfälschung" bei den Urkundendelikten usw. anfechten und die übrigen Merkmale als für das Rechtsmittelgericht bindend bestehen lassen. Es könnte sonst das widersinnige Ergebnis eintreten, daß der höhere Richter beispielsweise den rechtlichen Gesichtspunkt der "Sache" beim Diebstahl verneint, während die übrigen Tatbestandsmerkmale, weil nicht angegriffen, bestehen bleiben. Schon daraus erhellt, wie abwegig die Lostrennung von einzelnen Tatbestandsmerkmalen durch Teilanfechtung oder Teilaufhebung ist (3).

Schwierigkeiten entstehen aber nun dadurch, daß es Tatumstände gibt, bei denen nicht von vornherein deutlich ist, ob sie zur Schuldfrage oder zur Straffrage ge-

-
- 1) Vgl. RG 38, 318; RG in GA 42/408; Löwe-Rosenberg (Jagus ch), § 344 Anm. 3 b 2, Abs.
 - 2) So die überwiegende Meinung; z. B. RG 1, 81 (83); 2, 289 (291); 4, 190; 38, 318; OLG Braunschweig in MDR 1947/136; OGH in NJW 1950/195; im Schrifttum Graf Dohna, S. 207; v. Hippel, S. 599 mit Fußnote 3; Erbs, Komm. z. StPO § 353 Anm. III; Peters, S. 532; Löwe-Rosenberg (Jagus ch), § 353 Anm. 3 b; KMR, § 353 Anm. 5; anderer Ansicht Kern, Kurzlehb. S. 202; Schwarz, Komm. z. StPO § 353 Anm. 1 B.
 - 3) So auch RG 41, 292; 60, 109; Erbs, Komm. z. StPO § 318, Anm. IV; Kern, Kurzlehb. S. 188; Löwe-Rosenberg (Jagus ch), § 344 Anm. 3 b 2, Abs.; KMR, § 318 Anm. 3 b cc; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnoten 19 u. 25.

hören. Sie können gesetzlich niedergelegt sein, brauchen es aber nicht (1). Ihre Zugehörigkeit zum einen oder anderen Entscheidungsteil ist ausschlaggebend für die Möglichkeit einer gesonderten Anfechtung. Dies gilt jedenfalls insoweit, als sie der Schuldfrage zuzurechnen sind. Denn gehören sie dorthin, so steht es fest, daß sie wegen der Unteilbarkeit der Schuldfrage von dieser nicht abgetrennt werden können. Die meisten dieser Tatumstände beschäftigen sich mit dem Grad der Schuld. Da aber die Schuldintensität eine Frage der Strafzumessung ist, sollte man meinen, daß diese Umstände automatisch in den Bereich der Straffrage fallen. Dem stellt sich jedoch sofort die Bestimmung des § 263 Abs. 2 StPO entgegen, wonach solche vom Strafgesetz selbst vorgesehenen Umstände, welche die Strafbarkeit ausschließen, vermindern oder erhöhen, von der Schuldfrage umfaßt werden. Von vornherein lassen sich also nur die allgemeinen Strafminderungs- und Straferschwerungsgründe, das sind die unbenannten Strafänderungsgründe, ausscheiden. Da sie nicht im Gesetz selbst vorgesehen sind, werden sie von § 263 Abs. 2 StPO nicht eingeschlossen und damit auch nicht der Schuldfrage zugeordnet. Hinsichtlich der im Gesetz selbst vorgesehenen besonderen Umstände ist die Antwort weniger eindeutig. Es kann aber hier nicht der Ort sein, diese vom Gesetz selbst festgelegten besonderen Umstände einzeln genau auf ihren rechtlichen Charakter zu untersuchen und die von Rechtsprechung und Rechtslehre hierzu gewonnenen Ergebnisse zu würdigen.

Feststeht, daß Umstände, welche die Strafbarkeit ausschließen, die sogenannten Rechtfertigungsgründe, die Schuld ausschließungsgründe, die persönlichen Strafausschließungsgründe und die Strafaufhebungsgründe zur Schuldfrage gehören. Damit sind z. B. die Notwehr als Rechtfertigungsgrund, der Notstand und die Zurechnungsunfähigkeit als Schuld ausschließungsgründe, der Angehörigendiebstahl als persönlicher Strafausschließungsgrund und der Rücktritt als Strafaufhebungsgrund Bestandteile der Schuldfrage. Sie können nicht für sich allein zum Inhalt eines Rechtsmittels gemacht werden, ohne daß die Schuldfrage im übrigen berührt wird (2).

1) Im einen Fall z. B. als "mildernde Umstände" (etwa in §§ 243 Abs. 2, 263 Abs. 2, 272 Abs. 2 StGB), als "besonders leichte Fälle" (in § 175 Abs. 2 StGB), als "minder schwere Fälle" (in §§ 218 Abs. 3, 315 StGB), als "schwere Fälle" (in §§ 267 Abs. 3, 348 Abs. 4 StGB), als "besonders schwere Fälle" (beispielsweise in §§ 263 Abs. 4, 266 Abs. 2, 315 StGB), aber auch als besondere Tatbestandsmerkmale (etwa "Gewerbsmäßigkeit" in § 260, "Gewohnheitsmäßigkeit" in § 260, "gewinnstüchtige Absicht" in § 133 StGB), ja sogar als besondere Strafbestimmungen (§§ 157, 213 StGB); im anderen Falle als gewöhnliche Strafminderungs- oder Straferschwerungsgründe, die das Gericht bei jeder Strafzumessung erwägen darf.

2) So auch Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 24.

Anders liegt es mit den strafferhöhenden und strafmindernden Umständen. § 263 Abs. 2 StPO rechnet sie sämtlich zur Schuldfrage. Daraus ist aber für das Problem der Trennbarkeit nichts zu entnehmen. Denn § 263 Abs. 2 StPO sieht die Dinge unter einem ganz anderen Aspekt (1). Die Lösung findet sich unter einem anderen Gesichtspunkt, den das Reichsgericht im 69. Bande Seite 114 durch folgende Faustregel zusammengefaßt hat:

"Liegen die besonderen Umstände in Merkmalen der Tat selbst begründet, so ist eine Beschränkung des Rechtsmittels unzulässig (so z. B. bei den Erschwerungsgründen des § 351 StGB, bei der Gewerbsmäßigkeit der Begehung nach § 260 StGB, bei der bandenmäßigen Begehung und bei der Verübung mit Waffen im Sinne der §§ 146, 148 VZG); liegen sie dagegen in Umständen, die äußerlich zu der Tat hinzutreten, oder in besonderen Eigenschaften oder Verhältnissen des Täters begründet, so ist die Beschränkung zulässig und wirksam (so z. B. bei der Reizung im Sinne des § 213 StGB ..., sowie beim Rückfall nach § 244, 264 StGB)" (2).

Anerkennt man diese These, so hängt die Zuordnung zur Schuld- oder Straffrage im Hinblick auf die Beschränkung davon ab, ob die besonderen Umstände in der Tat selbst begründet liegen oder ob sie äußerlich zur Tat hinzutreten. Entscheidend ist danach nicht, daß die besonderen Umstände in einer gesetzlichen Bestimmung verankert sind. Denn einerseits ist z. B. das Merkmal der "Gewerbsmäßigkeit" in § 260 StGB niedergelegt und gehört zur Schuldfrage; andererseits ist das Merkmal der "Reizung" in § 213 StGB sogar durch eine eigene gesetzliche Bestimmung markiert und liegt trotzdem im Bereich der Strafzumessung. Aber die "Gewerbsmäßigkeit" ist ein Merkmal des Straftatbestandes selbst, während die "Reizung" in § 213 StGB ein juristisch äußerlich hinzutretender Umstand ist. Darin liegt der Unterschied (3).

-
- 1) Vgl. Weber, S. 2880; Gage-Sarstedt, S. 49 Fußnote 302. Nach KMR, § 263 Anm. 3 hat die Zuteilung zur Schuldfrage nur die aus § 263 fließende verfahrensrechtliche Bedeutung, während sie (nämlich die Umstände) in ihrem Kern zum Strafausspruch gehören.
 - 2) Dem folgend OLG Hamm in MDR 1954/631; so auch Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 b 2. Abs. unter Berufung auf diese RG-Entscheidung; KMR, § 318 Anm. 3 b cc 2. Abs.
 - 3) Vgl. dazu die Zusammenstellung der strafferhöhenden und strafmindernden Umstände bei Löwe-Rosenberg (Geier), § 263 Anm. 5 c und d.

Es bleibt nur noch zu erwähnen, daß die Rechtsprechung auch in verschiedenen Urteilen eine Reihe von besonderen Tatumständen der Schuldfrage zugewiesen und sie infolgedessen für nicht abtrennbar erklärt hat (1): so die Begehung des Raubes "auf der Straße" (2), das Merkmal der "Gewerbsmäßigkeit" (3), das "Mit-sich-führen von Waffen" bei der Zollhinterziehung (4), das Handeln "gegen Entgelt" (5), die "Verdeckungsabsicht" beim Mord (6). Schließlich werden von der Schuldfrage auch Tatumstände erfaßt, die zwar das Maß des Verschuldens ausdrücken, aber zum Tatbestandsmerkmal erhoben sind, ohne daß bei ihrem Vorliegen die Strafe erhöht oder vermindert würde. Darunter fallen die Merkmale der "Rücksichtslosigkeit" und der "groben Verkehrswidrigkeit" in § 315 a Ziff. 4 StGB. Sie verändern den Strafraum nicht nach oben oder unten, sondern sie müssen gegeben sein, um den Straftatbestand erst zu erfüllen.

3) Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß die Schuldfrage nach keiner Richtung zerlegt werden kann. Weder die Tatfrage noch die Rechtsfrage, weder einzelne Tatsachenfeststellungen noch einzelne rechtliche Merkmale sind abtrennbar. Der Grundsatz von der Unteilbarkeit der Schuldfrage gilt ausnahmslos und uneingeschränkt. Die Schuldfrage kann nur als Ganzes in Rechtskraft erwachsen. Einzelne Bestandteile sind der Rechtskraft nicht fähig. Jede Beschränkung innerhalb der Schuldfrage bleibt wirkungslos. Sie erstreckt sich automatisch auf den gesamten Schuldfragenkomplex. Von den Bestimmungen über die Revision abgesehen, kann die Deliktsfrage nur einheitlich bekämpft werden.

II. DIE TRENNBARKEIT BEI DELIKTSHÄUFUNG

1. In diesem Zusammenhang bedarf es noch einiger Bemerkungen zum Problem der Konkurrenzen. Das Prinzip der Unteilbarkeit der Schuldfrage bringt es mit sich, daß im Falle einer Ideal-Konkurrenz das Rechtsmittel nicht auf einen

-
- 1) Nachdem es hier lediglich um die Schuldfrage geht, seien nur die zu ihr gehörenden Tatumstände genannt.
 - 2) RG in JW 1930/3407 Nr. 14.
 - 3) RG 57, 84; 62, 13 (14); 64, 151; OLG Braunschweig in MDR 1947/136; BGH 2 StR 98/51 mitgeteilt von Herlan in GA 1953/178.
 - 4) RG 65, 312.
 - 5) RG 60, 109.
 - 6) OGH in NJW 1950/195.

rechtlichen Gesichtspunkt beschränkbar ist. Hat also der Angeklagte durch ein und dieselbe Handlung den Tatbestand sowohl des Betruges als auch der Untreue verwirklicht, so kann er nicht lediglich den Betrug angreifen und die Verurteilung wegen Untreue hinnehmen. Eine solche Teilung wäre unbeachtlich. Denn es handelt sich um eine einheitliche Tat. Unterbreitet er diese Tat dem Rechtsmittelgericht zur erneuten Beurteilung, so muß dieses eine Prüfung nach allen in Frage kommenden rechtlichen Gesichtspunkten vornehmen. Man kann eine Handlung in dieser Hinsicht entweder nur ganz oder gar nicht beurteilen. Es ist nicht möglich, einen Teil der Rechtsverletzungen von der Nachprüfung auszunehmen und in Rechtskraft übergehen zu lassen. Das verstieße gegen die Einheit des Schuldspruchs. Beling (1) ist hierin offenbar gegenteiliger Ansicht. Er lehrt, daß auch bei Tateinheit ein bestimmter rechtlicher Gesichtspunkt anfechtbar sei. Dies kann nicht unwidersprochen bleiben. Durch einen solchen Angriff würden auch die zugrundeliegenden Feststellungen der Nachprüfung verfallen. Und auf der anderen Seite würden aber diese Feststellungen hinsichtlich der nicht angegriffenen rechtlichen Qualifikation bestehen bleiben und bindend werden. Man kann aber doch nicht ein und dieselben Feststellungen mit Bezug auf die eine rechtliche Seite der Tat als bindend anerkennen und sie gleichzeitig in Richtung auf den angegriffenen Gesichtspunkt der Nachprüfung unterwerfen. Nicht umsonst ist Beling mit dieser Auffassung allein geblieben. Rechtsprechung und Rechtslehre sind übereinstimmend gegenteiliger Meinung (2). Das gleiche gilt natürlich bei einem Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft. Auch sie kann nicht eine als Urkundenfälschung geahndete Tat ungerügt lassen und gleichzeitig dagegen appellieren, daß diese Handlung nicht noch aus dem Gesichtspunkt des Betruges bestraft worden ist. Auch ein solches Rechtsmittel bringt die strafbare Handlung zu allseitiger Würdigung vor das höhere Gericht (3). Ebenso wenig darf das Revisionsgericht bei Idealkonkurrenz das Urteil hinsichtlich eines Gesichtspunktes

1) Bennecke-Beling, S.440; Beling, Lehrb. S.338; ders. in GA 63/198 ff.

2) RG 14, 145 (150); 33, 17 (22); 33, 371 (376); 47, 5 (11); 54, 82; 59, 292; 60, 109; 60, 344; 61, 349; 64, 214; 65, 125 (129); RG in JW 1926/1223 Nr.12; BGH 6, 229; BayObLGSt 15, 118; OGH 1, 36; OLGe Braunschweig in NJW 1954/45 und in GA 1955/56; Schleswig in DAR 1956/132; Stenglein, Komm. § 357 Anm.1 S.547; Schneidler, S.92; Gerland, Lehrb. S.396; Niederreute in JW 1934/2434; Hartung in SJZ 1949/66; Kern, Kurzlehrb. S.188; Henkel, S. 427; Gage-Sarstedt, S.47; Erbs, Komm.z. StPO § 318 Anm. IV; Schwarz, Komm.z. StPO § 327 Anm.1 B b aa; Löwe-Rosenberg (Jagus), § 344 Anm. 4 b 2. Abs.; KMR, § 318 Anm. 3 b bb (2); Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 19.

3) Vgl. hierzu RG 25, 27.

punktes bestehen lassen und in bezug auf einen anderen aufheben (1). - Die gleichen Grundsätze gelten für Handlungen, zwischen denen ein Fortsetzungszusammenhang besteht (2). Auch dort ist es nicht möglich, mit Hilfe eines beschränkten Rechtsmittels Einzelakte abzutrennen und sie gesondert nachprüfen zu lassen.

2. Die Pflicht des Rechtsmittelgerichts, eine ihm zur Nachprüfung unterbreitete Handlung nach allen Seiten rechtlich zu würdigen, wirkt sich auch bei der Tateinheit aus. Greift der Beschwerdeführer von mehreren realkonkurrierenden Taten nur eine an, so ist das angerufene Gericht gehalten, diese Tat unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Gewinnt es dabei die Überzeugung, daß das angefochtene Delikt mit den nicht angefochtenen nicht sachlich, sondern rechtlich zusammentrifft, dann ist es an die Rechtskraft der übrigen nicht angegriffenen Taten nicht gebunden (vgl. oben S. 20). Seine Kognition ergreift die Handlung, soweit die Idealkonkurrenz reicht. Das trifft im gleichen Maße für eine Aufhebung des angefochtenen Urteils durch das Revisionsgericht zu. Erkennt das Revisionsgericht, daß die angefochtene Tat nach richtiger Auffassung mit den nicht angegriffenen Delikten in Idealkonkurrenz steht, dann ist es in den Grenzen dieser Tateinheit zur Aufhebung ohne Rücksicht auf die Beschränkung verpflichtet. Diese Auffassung haben das Reichsgericht und ihm folgend der Bundesgerichtshof unter Zustimmung der Wissenschaft ständig vertreten (3). In RG 73, 243 weitet das Reichsgericht seinen Standpunkt sogar dahingehend aus, daß bei einer auch nur möglichen Tateinheit das Urteil dementsprechend aufzuheben ist, ungeachtet der vom Vorgericht angenommenen Tateinheit. Daß diese Ansicht auch dann zu gelten hat, wenn das angegriffene Urteil Tateinheit annimmt, während in Wirklichkeit Fortsetzungszusammenhang vorliegt, erscheint selbstverständlich (4).

1) Löwenstein, S. 33.

2) Vgl. 57, 84; 61, 209; RG in JW 1932/60; RG in DJ 1940/1938; OLG Bremen in NJW 1951/85; Hartung in SJZ 1949/66; Henkel, S. 427; Erbs, Komm. z. StPO § 318 Anm. IV; Schwarz, Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 B b aa; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 b 2. Abs.; KMR, § 318 Anm. 3 b bb (3), § 344 Anm. 6; Gage-Sarstedt, S. 47; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 20.

3) Vgl. dazu RG 58, 31; 59, 318; 63, 357 (360); RG in JW 1934/563; BGH 6, 229; OLG Braunschweig in NJW 1954/45 = VRS 6/431 und in GA 1955/56; Doerr, 318 Anm. S. 165; Niederreuther in JW 1934/2433; Gage-Sarstedt, S. 47; Erbs, Komm. z. StPO § 353 Anm. I A; Schwarz, Komm. z. StPO § 344 Anm. 2 A a. E.; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 318 Anm. 6 a. E.; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 14; ausführlich KMR, § 318 Anm. 3 b bb (5).

4) So RG 74, 390.

Im umgekehrten Fall, wenn also das Untergericht auf Tateinheit erkennt, obwohl tatsächlich Realkonkurrenz gegeben ist, soll dasselbe gelten. Die Beschränkung auf einen Straftatbestand bei angenommener Tateinheit soll auch dann unwirksam sein, wenn dem entgegen Realkonkurrenz vorliegt: So entschieden vom Oberlandesgericht Hamm (1) unter Zustimmung des neueren Schrifttums (2). Man wird dieser Auffassung beipflichten müssen. Denn der Angriff auf ein in Idealkonkurrenz stehendes Delikt ist von vornherein wirkungslos. Er bringt sofort die ganze Handlung unter allen rechtlichen Gesichtspunkten vor das Rechtsmittelgericht. Wenn dann im Laufe dieser Beurteilung die Tatsache der Realkonkurrenz entdeckt wird, ist es nicht mehr möglich, nachträglich doch wieder auf die Beschränkung zurückzukommen und nur das eine Delikt zu überprüfen. Dazu wäre es zu spät, nachdem bereits der gesamte Geschehensablauf vom Beschwerdegericht untersucht worden ist. - Allerdings ist damit der vom Oberlandesgericht Braunschweig (3) aufgestellte Satz widerlegt, wonach für eine Beschränkungsmöglichkeit immer die richtige Beurteilung der Konkurrenzfrage entscheidend sei. Nach dieser These wäre nämlich die Ansicht des Oberlandesgerichts Hamm (4) falsch. Da dort in Wirklichkeit Tatmehrheit vorgelegen hatte, wäre nach diesem Satz einer Abtrennung nichts im Wege gestanden. Man wird deshalb den vom Oberlandesgericht Braunschweig gebildeten Grundsatz dahin modifizieren müssen, daß eine falsche Beurteilung der Konkurrenzfrage immer den ganzen Schuldspruch in den Bereich der Anfechtung zieht. Das gleiche gilt im Verhältnis von Tatmehrheit zum Fortsetzungszusammenhang.

Einen weiteren Sonderfall behandelt das Oberlandesgericht Hamm (5). Dort standen zwei real konkurrierende Delikte je in Tateinheit mit einem gemeinsamen Dritten (ein Kraftfahrer verursachte in angetrunkenem Zustand zwei zeitlich und räumlich voneinander getrennte Verkehrsunfälle, bei denen jedesmal Personen verletzt wurden). Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm stellt das Fahren in angetrunkenem Zustand zu jeder der beiden fahrlässigen Körperverletzungen eine Tateinheit her, begründet aber zwischen den beiden Körperverletzungen selbst keine Idealkonkurrenz. Nachdem bei Tatmehrheit ein Rechtsmittel grundsätzlich auf eine Tat beschränkt werden kann, müßte demzufolge eine getrennte Anfechtung nur der beiden Körperverletzungen möglich sein. Trotzdem kommt das Ober-

1) In JZ 1953/674.

2) Gage-Sarstedt, S.47; KMR, § 318 Anm. 3 b bb (5); Schwarz, Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 B b aa; Löwe-Rosenberg (Jagus), § 344 Anm. 4 b 2. Abs.; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 15.

3) In NJW 1954/45 = VRS 6/431 und in GA 1955/56.

4) a. a. O.

5) in JMBINRW 1954/143.

landesgericht zu einem entgegengesetzten Ergebnis. Denn würde man die eine Körperverletzung - die ja in Tateinheit mit dem Trunkenheitsdelikt steht - unangetastet lassen, so würde damit auch das Trunkenheitsdelikt in Rechtskraft erwachsen, dasselbe Trunkenheitsdelikt, das in Tateinheit mit der anderen Körperverletzung Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens und damit nicht in Rechtskraft erwachsen sei. Mit Recht bezeichnet das Oberlandesgericht ein solches Ergebnis als unlogisch und widersinnig. Man kann nicht ein Delikt in Tateinheit mit einem dritten Delikt bindend hinnehmen und ein anderes Delikt in Tateinheit mit demselben dritten Delikt durch Rechtsmittel bekämpfen. Dies würde darauf hinauslaufen, das gemeinsame dritte Delikt in einem Atemzuge zu akzeptieren und anzugreifen.

Eine andere Frage ist freilich, ob das an sich richtige Ergebnis des Oberlandesgerichts nicht auf einem einfacheren Wege zu erreichen gewesen wäre. Veranlassung dazu gibt die Lehre von der sogenannten "Klammerwirkung einer dritten Straftat". Man versteht darunter das eigenartige Dreiecksverhältnis zweier realkonkurrierender Delikte, die je mit einem gemeinsamen Dritten in Tateinheit stehen (1).

Nach dieser Lehre bewirkt die gemeinsame dritte Straftat, die sogenannte "Klammer", daß grundsätzlich auch die beiden an sich realkonkurrierenden Delikte zueinander in Idealkonkurrenz treten (2). Wäre das Oberlandesgericht Hamm von einer solchen Klammerwirkung ausgegangen, dann hätten sämtliche

-
- 1) Vgl. dazu Forster, "Die Klammerwirkung einer dritten Straftat im Sinne der Konkurrenzlehre", Erlanger Dissertation (Maschinenschrift), 1955, der das Problem eingehend untersucht.
 - 2) Allerdings will der BGH diese Klammerwirkung dann nicht gelten lassen, wenn die verbindende dritte Straftat ein fortgesetztes Delikt oder eine Dauerstraftat darstellt und nicht so schwer ist wie die beiden an sich in Tatmehrheit stehenden Handlungen (vgl. BGH 1, 67; 2, 246; 3, 165; 6, 96; BGH in NJW 1952/795; in VRS 5/529, in VRS 8/49, in DAR 1955/25. - Forster a. a. O. S. 119 ff. stellt sich gegen diese Auffassung des BGH, daß allein die "Schwere" des Klammerdelikts darüber entscheide, ob diesem verbindende Kraft zukommt. Seiner Meinung nach entscheidet über solche Ausnahmefälle nur die "soziale Sinnhaftigkeit des menschlichen Verhaltens". - Für den vorliegenden Fall werden derartige "Durchbrechungen der Klammerwirkung" allerdings nicht aktuell. Denn das verbindende Delikt - als fahrlässige Straßenverkehrsgefährdung gem. §§ 315 Ziff. 2, 316 Abs. 2 StGB zwar eine Dauerstraftat - ist hier keinesfalls schwächer als die beiden an sich in Realkonkurrenz stehenden - wohl fahrlässigen - Körperverletzungen.

drei Delikte zueinander in Tateinheit gestanden und die erklärte Rechtsmittelbeschränkung wäre schon um deswillen unbeachtlich gewesen.

3. Auf die Frage der Konkurrenzen allein ist ein Rechtsmittel nicht beschränkbar. Mag der Appellant seine Rüge auch dahin begrenzen, daß Tateinheit statt Tatmehrheit vorliegt, so wird das Beschwerdegericht von einer solchen Einschränkung nicht berührt. Denn um diese Frage zu entscheiden, muß es die Tatumstände prüfen; also die gleichen Umstände, welche auch die Grundlage für die angenommenen Deliktstatbestände abgeben. Daran wird deutlich, daß eine Prüfung der Konkurrenzen zwangsläufig auf die anderen Teile der Schuldfrage übergreift. Die Prüfung, welche Art von Deliktshäufung vorliegt, bildet deshalb einen Bestandteil der untrennbaren Schuldfrage. Dabei macht es keinen Unterschied, ob Tatmehrheit, Tateinheit, Fortsetzungszusammenhang oder Gesetzeskonkurrenz auf dem Spiele stehen. Die Konkurrenzfrage als solche ist in keinem Falle trennbar und für sich allein Gegenstand eines Rechtsmittels (1).

1) Vgl. RG 51, 307; 52, 342; 60, 241; 60, 315 (317); RG in JW 1932/404 Nr. 9; OLG Dresden in LZ 1928/1716; OLG Düsseldorf in HEst 1, 260; Schwarz, Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 Bb aa; KMR, § 318 Anm. 3 b cc; Gage - Sarstedt, S. 47; anderer Ansicht anscheinend Binding, S. 256/57, der von einer solchen Beschränkung nur die Straffrage betroffen sieht.

DRITTER HAUPTTEIL

Die Trennung innerhalb der Straffrage

Wenn in diesem Abschnitt von den Trennungsmöglichkeiten innerhalb der Straffrage die Rede ist, so muß der Begriff "Straffrage" hier im weitesten Sinne verstanden werden. Er umfaßt dabei nicht nur Haupt- und Nebenstrafen, sondern auch die Maßregeln der Sicherung und Besserung, die Nebenfolgen usw. Anders ausgedrückt, Gegenstand dieses Kapitels soll die Trennbarkeit aller Urteilsfolgen im einzelnen sein, also der Folgen, die auf Grund oder im Zusammenhang mit dem Schuldspruch gegen den Angeklagten verhängt werden. Es wäre wenig befriedigend, die Trennbarkeit innerhalb der Straffrage darin zu erschöpfen, daß man generell nur die Frage nach dem "ob" stellt und sie je nach dem bejaht (1) oder verneint (2). Es genügt auch nicht, die Frage nach der Teilbarkeit im Bereich des Strafausspruchs einfach damit abzuhandeln, daß man sich des Satzes vom Folgezwang bedient und mit dem Bayerischen Obersten Landesgericht (3) erklärt, ein Rechtsmittel könne innerhalb der Straffrage auf einzelne Teile mit der Wirkung beschränkt werden, daß nur die diesen Teilen nachgeordneten Gesichtspunkte, nicht aber die vorgeordneten Gesichtspunkte der Nachprüfung unterstellt sind. Vielmehr erscheint es lohnend und interessant zugleich, alle zur Straffrage im weitesten Sinne gehörenden Teile einzeln durchzugehen und sie auf ihre Trennbarkeit zu untersuchen. Die Berechtigung zu diesem Vorhaben mag daraus entnommen werden, daß sich die Literatur zur Rechtsmittelbeschränkung bisher überwiegend mit einer genauen Darstellung der Abtrennung der Straffrage begnügt und nur dieser breiten Raum zugemessen hat, während die Teilanfechtung einzelner Urteilsfolgen innerhalb der Straffrage nur als eine Art Anhängsel in wenigen Sätzen abgetan worden ist.

1) So v. Hippel, S. 578; Hartung in SJZ 1949/66.

2) So anscheinend Schlayer, S. 738.

3) In MDR 1956/247 = NJW 1956/921.

A.

Die Abtrennung einer HauptstrafeI. DIE ABTRENNUNG MEHRERER HAUPTSTRAFEN VONEINANDER

Wenn in einem Urteil zur Ahndung eines Deliktes mehrere Hauptstrafen neben- einander verhängt sind, so kann es sich wohl nur um eine Freiheits- und um eine Geldstrafe handeln. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die zusätzlich verhängte Geldstrafe zwingend vorgeschrieben (z. B. §§ 264, 266, 302 b StGB) oder in das Ermessen des Gerichts gestellt ist (z. B. §§ 263, 272, 27 a StGB). In jedem Falle trägt die Geldstrafe den Charakter einer Hauptstrafe (1).

1. Eigentümlicherweise wird die Frage, ob sich zwei Hauptstrafen voneinander trennen lassen, in der Rechtslehre meist nach der einen oder anderen Seite schlechthin beantwortet (2). Dies dürfte kaum richtig sein. Man kann weder die Trennbarkeit der Freiheitsstrafe noch die der Geldstrafe von vornherein be- jahen oder verneinen (3). Mit Recht haben deshalb das Reichsgericht in RG 58, 238 (4) und ihm folgend Jagusch in Löwe-Rosenberg (5) auf den Einzelfall ab-

-
- 1) Vgl. RG 19, 237; 46, 268; 52, 344; 73, 192; Schönke-Schröder, Vor- bem. vor §§ 13 ff. Anm. VI u. § 27 Anm. I; Leipz. Komm. (Jagusch), § 27 Anm. I, 1; Maurach, Lehrb. Allg. Teil S. 663.
 - 2) Generell verneinend v. Kries, Rechtsmittel S. 105; Mayer, S. 139; Schlager, S. 737; Binding, S. 256; Oetker, S. 446; Daude, § 393 Anm. 49; Schneidler, S. 92. - Generell bejahend RG in Das Recht 17, Nr. 300; Gage-Sarstedt, S. 49. - Der Komm. von Kleinknecht-Müller-Reitberger, sonst in Fragen der Rechtsmittelbeschränkung klar und präzise, ist hier widerspruchsvoll; in § 344 Anm. 5 läßt er eine Revisionsbeschränkung sowohl auf die Gefängnis- als auch auf die Geldstrafe zu; in § 318 Anm. 3 b dd (3) dagegen verneint er die getrennte Anfechtung der neben einer Geldstrafe verhängten Freiheitsstrafe.
 - 3) Erbs, Komm. z. StPO § 318 Anm. VII; Hennke in GA 1956/43; KMR, § 318 Anm. 3 b dd (3) lehnen eine alleinige Überprüfung der verhängten Freiheits- strafe ab. - Dagegen spricht sich RG R V, 663 gegen eine getrennte Anfechtung der Geldstrafe aus. - RG 42, 30; 47, 227; Schwarz, Komm. z. StPO § 344 Anm. 2 befürworten eine Beschränkung auf die Geldstrafe.
 - 4) Seltsamerweise wird diese Entscheidung mitunter als Argument für eine allge- meine Trennbarkeit der Geldstrafe herangezogen. Das Urteil stellt zwar eine

Denn es kommt hier entscheidend darauf an, ob der Erstrichter die Höhe der beiden Strafen aufeinander abgestimmt und in eine gewisse Beziehung zueinander gebracht hat. Hat er z. B. eine Gefängnisstrafe von 3 Monaten und eine Geldstrafe von DM 500. -- verhängt, so ist ihm möglicherweise die Höhe der Geldstrafe nur mit Rücksicht auf die Höhe der Gefängnisstrafe als angemessen erschienen. Bei einer höheren Gefängnisstrafe hätte er vielleicht die Geldstrafe niedriger angesetzt oder umgekehrt. Die Lösung des Problems ist mithin davon abhängig, wie weit die beiden Hauptstrafen in ihrer Gesamtheit das Ergebnis einer sorgfältig abgewogenen Strafzumessung darstellen. Bestehen jedoch solche Zusammenhänge nicht, dann werden gegen eine Trennung kaum Bedenken anzumelden sein.

2. Im Normalfall ist allerdings eine Teilung von Freiheits- und Geldstrafe kaum möglich. Ohne Rücksicht darauf, ob die Verhängung der Geldstrafe obligatorisch oder fakultativ ist, wird sie gewöhnlich zusammen mit der Freiheitsstrafe den Ausdruck des gerechten Strafmaßes bilden. Der Geldstrafe dürfte wohl kaum ein anderer Strafzweck zugrunde liegen als der Freiheitsstrafe. Der einheitliche Strafzweck spiegelt sich in Freiheits- und Geldstrafe gleichermaßen wider. Sie ergeben beide zusammen die schuldangemessene Strafe, d. h. die Strafe, die dem Grad der Schuld entspricht. Beide Strafen sind daher in der Regel genau aufeinander abgestimmt. Die Höhe der einen wird unter Berücksichtigung der Höhe der anderen festgesetzt. Eine Änderung der einen würde das ausgewogene Verhältnis zwischen beiden in Unordnung bringen. Deshalb wird der Angriff auf eine der beiden Hauptstrafen sich immer dann auch auf die andere erstrecken, wenn beide in ihrer Höhe aufeinander bezogen sind oder eine solche Beziehung auch nur möglich ist. Das gleiche gilt natürlich auch für eine Teilaufhebung durch das Revisionsgericht. Ganz zu Recht hebt deshalb das Reichsgericht in RG 33, 371 (378) beide Hauptstrafen auf, weil es mit der Möglichkeit rechnet, daß sich die Höhen der beiden Strafen gegenseitig beeinflussen haben.

Anders liegt es natürlich, wenn in der Verhängung der einen Hauptstrafe ein ganz besonderer Strafzumessungsgrund zum Ausdruck kommt. Wenn also z. B. die Geldstrafe nur auf Grund des § 27 a StGB wegen einer gewinnsüchtigen Begehung der Straftat festgesetzt worden ist. Hier besteht keine solch enge Beziehung zwischen den beiden Strafarten. Denn mit der Geldstrafe soll lediglich ein ganz spezielles

Forts.: solche allgemeine These auf; es betont aber gleich danach, daß im Einzelfalle geprüft werden müsse, ob die Trennung der Entscheidung über die beiden Hauptstrafen an Hand der Sachlage möglich sei, worauf es prompt in dem ihm unterbreiteten Sachverhalt gegen eine Trennung entscheidet.

5) § 344 Anm. 4 a 2. Abs.; gleicher Meinung auch schon Eckstein, S. 359/360.

Schuldmerkmal geahndet werden, das von der Freiheitsstrafe nicht erfaßt wird. Die selbständige Nachprüfung der beiden Strafarten ist hier sehr wohl denkbar. Einer getrennten Anfechtung sollte in diesen Fällen nichts im Wege stehen.

3. Man wird die Trennung aber auch dort bejahen können, wo die Bildung oder Nichtbildung der zweiten Hauptstrafe als solche fehlerhaft ist. Das sind die Fälle, in denen der Angeklagte die gesetzwidrige Festsetzung der zweiten Hauptstrafe bekämpft (es wird z. B. eine Übertretung nach § 360 Ziff. 11 StGB mit Haft- und Geldstrafe belegt) oder der Staatsanwalt die Nichtverhängung einer zwingend vorgeschriebenen zweiten Hauptstrafe rügt (z. B. für das Vergehen nach § 266 StGB ist nur eine Gefängnisstrafe festgesetzt worden). Eine gesonderte Anfechtung begegnet hier regelmäßig keinen Hindernissen. Die Prüfung, ob die zweite Hauptstrafe zu Recht verhängt oder nicht verhängt worden ist, berührt die andere Hauptstrafe im allgemeinen nicht. Doch darf man auch hier den Gedanken nicht ganz außer acht lassen, daß die in der Rechtsmittelinstanz erfolgende Aufhebung oder Festsetzung der zweiten Hauptstrafe möglicherweise in gewisse Beziehungen zu der nicht angefochtenen Hauptstrafe tritt. Denn es läßt sich immerhin denken, daß der Erstrichter dann im oben genannten Beispiel des § 360 Ziff. 11 StGB die Haftstrafe höher bemessen oder daß er umgekehrt im Beispiel des § 266 StGB die Freiheitsstrafe niedriger angesetzt hätte.

Zu dieser Gruppe zählen weiterhin die Fälle, bei denen eine der beiden Hauptstrafen über oder unter dem gesetzlichen Höchst- bzw. Mindestmaß liegt. Als Beispiele seien genannt: Es ist neben Geldstrafe auf 6 Jahre Gefängnis erkannt worden; oder ein Vergehen der Untreue ist mit 3 Jahren Gefängnis und DM 20.000. - Geldstrafe ohne Anwendung des § 27 a StGB geahndet worden. Wird hier die gesetzliche Bemessung der einen Hauptstrafe beanstandet, so bleibt die Nachprüfung des geltendgemachten Fehlers ohne Einfluß auf die andere Hauptstrafe.

Nimmt also der Beschwerdeführer mit seinem Rechtsmittel eine Trennung zwischen zwei Hauptstrafen vor, dann hat das höhere Gericht bei Einlegung oder gegebenenfalls bei Begründung des Rechtsmittels zu prüfen, ob die vorgenommene Beschränkung nach den oben dargelegten Grundsätzen im Einzelfalle wirksam ist. Bei Bejahung der Trennbarkeit erwächst die nicht angefochtene Hauptstrafe in Rechtskraft. Sie wird bindend und ist damit außer Streit. Kommt das Rechtsmittelgericht dagegen zu einer Verneinung der Trennbarkeit, so hat es, ungeachtet der Teilung, beide Hauptstrafen in seine Nachprüfung einzubeziehen.

II. DIE ABTRENNNUNG EINER HAUPTSTRAFE VON NEBENSTRAFEN,

SICHERUNGSMASSREGELN UND SONSTIGEN UNRECHTSFOLGEN

Die Frage, ob eine Hauptstrafe von den sonst verhängten Nebenstrafen, Sicherungsmaßnahmen und anderen Unrechtsfolgen abgetrennt werden kann, müßte an sich ihrer Systematik nach hier beantwortet werden. Nachdem aber die Trennungsmöglichkeit all dieser anderen Urteilsfolgen später noch einzeln zu prüfen sein wird, wäre es verfehlt, hier schon die Isolierung der Hauptstrafe in Richtung auf jede einzelne andere Unrechtsfolge zu untersuchen. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, sollen sie jeweils dort mitbehandelt werden. Es sei aber jetzt schon bemerkt, daß ein Angriff auf die Hauptstrafe allein nicht in jedem Falle auch alle anderen Urteilsfolgen einbezieht, wie dies mitunter vertreten worden ist (1). Man denke nur an die zwingend vorgeschriebene Nebenstrafe des Ehrverlustes in § 181 StGB. Diese ist eine selbständige Folge des Schuldspruchs. Sie muß bei einer Verurteilung aus § 181 StGB automatisch ausgesprochen werden. Greift nun der Beschwerdeführer nur die Hauptstrafe an, so wird damit der Schuldspruch, also die Verurteilung wegen schwerer Kuppelei, rechtskräftig. Dadurch sind die Voraussetzungen für die Anordnung des Ehrverlustes schon geschaffen. Das Maß der Hauptstrafe ist nicht mehr entscheidend. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum die Hauptstrafe nicht allein angefochten werden und der Ehrverlust als Nebenstrafe bestehen bleiben soll.

B.

Die Abtrennung der Nebenstrafen

Dieser Abschnitt will nicht Anspruch darauf erheben, alle unter den Begriff "Nebenstrafen" fallenden Unrechtsfolgen zu behandeln. Denn dies bedürfte letztlich einer eingehenden Auseinandersetzung mit der Streitfrage, ob gewisse einzelne Urteilsfolgen (wie z. B. die Polizeiaufsicht) den Nebenstrafen oder den Sicherungsmaßnahmen oder den sonstigen Nebenfolgen zuzuordnen sind. Nachdem diese Einteilung hier aber nur für die Gliederung der Arbeit von Bedeutung ist, erübrigt

1) So von Schwarze in HH S. 283 c; Hempfing, S. 115; Stenglein, Lehrb. S. 406; Oetker, S. 446; Binding, S. 256; Beling, Lehrb. S. 338.

sich eine weitere Stellungnahme. Die Einordnung soll deshalb unter Zugrundelegung der herrschenden Meinung erfolgen. Unter dem Stichwort "Nebenstrafen" sollen daher nur die Urteilsfolgen geprüft werden, die nach herrschender Auffassung auch wirklich als Nebenstrafen anerkannt sind. Dagegen bleiben Schuldfolgen, deren Zugehörigkeit umstritten ist, einer Behandlung im Abschnitt "Nebenfolgen" vorbehalten.

Die vorliegende Arbeit hat es sich zur Aufgabe gestellt, die einzelnen Nebenstrafen gesondert und eingehend auf ihre Trennbarkeit zu prüfen, und sie nicht, wie es bisher im Schrifttum meist geschehen ist, summarisch abzuhandeln, d. h. die Frage ihrer Trennbarkeit generell mit "ja" oder "nein" zu beantworten (1).

I. DIE ABERKENNUNG DER BÜRGERLICHEN EHRENRECHTE (2)

Die alleinige Anfechtung der Nebenstrafe des Ehrverlustes ist zum überwiegenden Teil für möglich und wirksam angesehen worden (3). Eine genaue Begründung wird hierfür allerdings nicht gegeben. Meist begnügen sich diese Quellen mit der Feststellung, daß zwischen der Nebenstrafe des Ehrverlustes und der verhängten Hauptstrafe kein untrennbarer Zusammenhang bestehe und deshalb die Abtrennung ohne weiteres möglich sei, wobei dies dann mit dem Hinweis auf einige Entscheidungen des Reichsgerichts ergänzt wird (4). Aber auch das Reichsgericht

-
- 1) Für die Trennbarkeit der Nebenstrafen schlechthin v. Schwarze in HH S. 283; Hempfing, S. 115; Ullmann, S. 596; Binding, S. 257; Heslenfeld, S. 307; Eckstein, S. 355 ff.; Löwenstein, S. 5; Beling, Lehrb. S. 338; Niederreuther in JW 1934/2435; Kern, Kurzlehrb. S. 188; Dagegen Schlayer, S. 737; Schneider, S. 92. - Sehr mit Recht tritt Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 33, für eine differenzierende Betrachtung ein.
 - 2) Vgl. als interessanten Beitrag zum Wesen der Ehrenstrafe die neuesten Ausführungen von Esser in seiner Monographie "Die Ehrenstrafe".
 - 3) Z. B. v. Schwarze in HH S. 283 c; Binding, S. 257; Heslenfeld, S. 307; Löwenstein, S. 5; Niederreuther in JW 1934/2435; Erbs, Komm. z. StPO, § 318 Anm. VII; Schwarz, Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 Ba bb; KMR, § 318 Anm. 3 b dd (3); Löwe-Rosenberg (Jagus), § 344 Anm. 4 a; Leipz. Komm. § 32 Anm. 1 a. E.; Dalcke, § 318 StPO Anm. 3; Gage-Sarstedt, S. 48 mit Hinweis auf ein unveröffentlichtes BGH-Urteil 5 StR 817/52 vom 22.1.1953. - Dagegen ausdrücklich Schneider, S. 92.
 - 4) RG 42, 30; 42, 241; 65, 296.

läßt in diesen Urteilen eine eingehende Begründung vermissen. Es geht auf das Verhältnis zwischen einer Hauptstrafe und der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nicht ein, sondern gibt sich mit dem Zitat seiner bewährten Generalregel für die Trennbarkeit zufrieden und behauptet dann kurz und bündig, daß ein solcher untrennbarer Zusammenhang bei der Nebenstrafe des Ehrverlustes nicht vorliege. Warum hier kein untrennbarer Zusammenhang besteht, wird vom Reichsgericht nicht mitgeteilt. Der Bundesgerichtshof nimmt die Wirksamkeit dieser Beschränkung in einer Entscheidung (1) sogar schon als selbstverständlich hin und erwähnt die Tatsache dieser Teilanfechtung nur noch am Rande. Für eine genaue Untersuchung des Problems läßt sich hieraus also nichts gewinnen.

Die Selbstverständlichkeit, mit der die alleinige Anfechtung des Ehrverlustes für wirksam erachtet wird, nimmt einigermaßen wunder. Sie ist vor allem deshalb unverständlich, weil darin nie der Gedanke einer Differenzierung auftaucht. Es ließe sich doch immerhin denken, daß es Fälle gibt, in denen eine Abtrennung der Nebenstrafe des Ehrverlustes nicht von vornherein so sicher feststeht. Lediglich Gerland (2) und v. Hippel (3) erwägen diesen Gesichtspunkt, wenn sie die obligatorische und die fakultative Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte einander im Lichte der Teilanfechtung gegenüberstellen.

1. Geht man an die Frage heran, ob die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte allein zum Gegenstand eines Rechtsmittels gemacht werden kann, so wird man unwillkürlich zunächst die zweifache Erscheinungsform dieser strafrechtlichen Sanktion ins Auge fassen. Bekanntlich ist diese Unrechtsfolge in den Strafgesetzen teils als eine **zwingende**, teils als eine in das Ermessen des Gerichts gestellte Maßnahme vorgesehen. Jedoch ist diese Unterscheidung für eine alleinige Anfechtung der Nebenstrafe gar nicht von so ausschlaggebender Bedeutung, wie es vielleicht scheinen mag.

Zu beginnen hat die Beantwortung der eingangs gestellten Frage vielmehr bei dem Zusammenhang zwischen einer Hauptstrafe und der Nebenstrafe des Ehrverlustes. Dieser Zusammenhang muß, wie bei jeder Rechtsmittelbeschränkung, ein begrifflich-logischer sein, um eine untrennbare Verbindung zwischen beiden Teilen herzustellen. Oder umgekehrt ausgedrückt, eine Trennung muß nach begrifflich-logischen Grundsätzen möglich sein, wenn sie Wirksamkeit haben soll.

1) BGH 4, 230.

2) Lehrb., S. 396.

3) S. 578.

Werden nun unter diesem Vorzeichen die in Frage stehenden Teile des Strafausspruchs auf ihre gegenseitigen Beziehungen geprüft, so scheint es auf den ersten Blick tatsächlich zuzutreffen, daß ein solcher Zusammenhang nicht besteht. Jedenfalls nicht von der Nebenstrafe aus gesehen. Denn jede der beiden - sowohl die Hauptstrafe als auch die Nebenstrafe des Ehrverlustes - wird nach durchaus selbständigen Gesichtspunkten und Voraussetzungen behandelt und geprüft. Mit Recht betont Eckstein (1), daß für die Hauptstrafe die Schwere der Tat, also das Maß der gesamten Schuld, entscheidend sei, während für die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte das einzelne selbständige Moment der ehrlosen Gesinnung den Ausschlag geben müsse. Von einer Einheitlichkeit der Strafe kann man also nicht sprechen. Freilich werden beide Straffolgen dadurch miteinander verknüpft, daß sie die Sanktion für einen vom Angeklagten begangenen Rechtsbruch darstellen. Das ändert aber nichts daran, daß sie in ihrer äußeren Erscheinung zwei verschiedene von einander getrennte Unrechtsfolgen sind. Um dies festzustellen, braucht man gar nicht auf die Denkfolge des Richters bei Verhängung der Strafen abheben. Ohne Zweifel wird sich das Gericht in der Regel zuerst über die Hauptstrafe schlüssig werden, ehe es die Festsetzung der Nebenstrafe des Ehrverlustes erwägt.

Das Ergebnis dieser Überlegungen müßte jetzt lauten, daß ein begrifflicher Zusammenhang zwischen einer Hauptstrafe und der Ehrenstrafe nicht besteht, und daß sonach einer alleinigen Anfechtung dieser Nebenstrafe nichts mehr im Wege liegt. Trotz dieses glatten Resultats müssen aber Bedenken angemeldet werden. Es läßt sich nämlich nicht von der Hand weisen, daß das Gericht manchmal die Verhängung des Ehrverlustes schon bei Ausmessung der Hauptstrafe in Rechnung stellt. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zwingend vorgeschrieben ist. Obwohl oder vielleicht gerade weil das Gericht auch dort einen gewissen Spielraum hinsichtlich der Dauer dieser Ehrenstrafe hat, wird es unter Umständen beide Strafen aufeinander abstimmen. In diesen Fällen spiegelt sich dann die Schwere der Tat nicht allein in der Hauptstrafe und die ehrlose Gesinnung des Täters nicht allein im Ehrverlust wider. Das Gericht nimmt vielmehr den Schuldvorwurf als ein Ganzes und zieht damit Haupt- und Nebenstrafe sozusagen im Innenverhältnis zu einer einheitlichen Unrechtsfolge zusammen. Fälle dieser Art werden vor allem vorkommen, wenn dem Gericht eine zwingend vorgeschriebene Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zu hart erscheint. Dieser Gedanke klingt auch

1) S. 358; gegenteiliger Auffassung v. Kries, Rechtsmittel S. 104/105.

in der Literatur an verschiedenen Stellen an (1). Das Gericht wird hier mitunter in der Höhe der Hauptstrafe etwas nachgeben, um damit die als zu hart empfundene Nebenstrafe auszugleichen. Im Ergebnis bedeutet dies aber nichts anderes, als daß der Verurteilte mit der Nebenstrafe nicht nur eine ehrlose Gesinnung - die ihm das Gericht zwar nicht zutraut, die ihm aber der Gesetzgeber a priori unterstellt - sühnt, sondern zu einem Teil auch das Maß seiner sonstigen Schuld, das normalerweise nur in der Hauptstrafe zum Ausdruck gekommen wäre. Inwieweit ein Gericht so verfahren darf, kann dahinstehen; jedenfalls dürften diese Fälle durchaus vorkommen. Daß durch eine solche Art der Strafzumessung vom Gericht selbst ein Zusammenhang zwischen den beiden Strafen hergestellt wird, ist offensichtlich. Die Trennbarkeit der Nebenstrafe des Ehrverlustes zeigt sich im Hinblick auf diese Fälle in einem neuen Licht.

Diese nunmehr angestellten Vorbetrachtungen rechtfertigen es wohl, den einzelnen Möglichkeiten bei einer Rechtsmittelbeschränkung auf die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nachzuspüren.

a) Keinen Zweifel gibt es darüber, daß die Staatsanwaltschaft ihre Rüge wirksam darauf beschränken kann, daß das Gericht eine zwingend vorgeschriebene Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte (z. B. in §§ 161, 181, 302 d und e StGB) unterlassen hat. Dieser hinsichtlich der Nebenstrafe geltend gemachte Mangel hat mit der Hauptstrafe gar nichts zu tun. Der vom Gericht begangene Fehler berührt die Hauptstrafe - mag sie nun Freiheits- oder Geldstrafe sein - nicht. Ebenso ist umgekehrt eine Anfechtungsbeschränkung des Verurteilten möglich, die sich lediglich gegen eine unzulässig verhängte Ehrenstrafe wehrt. Das wird dann der Fall sein, wenn die Hauptstrafe drei Monate Gefängnis unterschreitet oder das Gesetz den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte nicht ausdrücklich zuläßt bzw. die Gefängnisstrafe nicht wegen mildernder Umstände anstelle von Zuchthausstrafe ausgesprochen ist (vgl. § 32 StGB). Auch hier geht es lediglich um die Zulässigkeit und nicht um die Angemessenheit des Ehrverlustes. Die Frage des Zusammenhangs zwischen Haupt- und Nebenstrafe wird dabei gar nicht aktuell. Insofern wird hier das Problem der Trennbarkeit der Ehrenstrafe überhaupt nicht berührt.

Schließlich wird man in diese Gruppe aber auch noch die Fälle einreihen müssen, in denen sich die Staatsanwaltschaft oder der Verurteilte dagegen wenden, daß das Gericht die in § 32 Abs. 2 StGB geregelte Dauer des Ehrverlustes gesetzwidrig unter- oder überschritten hat. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Aber-

1) So z. B. bei Schneider, S. 92; Gerland, Lehrb., S. 396.

kennung der bürgerlichen Ehrenrechte obligatorisch oder fakultativ ist. Denn auch bei zwingend vorgeschriebenem Ehrverlust richtet sich dessen Dauer nach den Bestimmungen des § 32 Abs. 2 StGB.

b) Eine zweite Gruppe bilden die Rechtsmittelbeschränkungen, deren Gegenstand allein die Angemessenheit des Ehrverlustes ist. Darunter wird man einmal die Verurteilung aus solchen Strafgesetzen zu rechnen haben, die eine Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte in das Ermessen des Gerichts stellen (1). So kann sich der Verurteilte in der Regel ausschließlich dagegen wenden, daß er den wegen eines Betrugsdelikts gegen ihn verhängten Ehrverlust nicht für angemessen erachte. Und umgekehrt darf der Staatsanwalt allein darauf antragen, daß das Rechtsmittelgericht diesen Betrug zusätzlich noch mit einer Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte ahndet. Doch ist bei der eben genannten Anfechtungsart des Verurteilten Vorsicht am Platze. Hier kann nämlich die bereits oben erwähnte Möglichkeit eintreten, daß der Erstrichter Haupt- und Nebenstrafe gemeinsam festgesetzt hat, daß er beide Strafen aufeinander abgestimmt und dadurch eine Beziehung zwischen beiden hergestellt hat. Hält das Gericht eine solche Verbindung zwischen beiden Strafen für möglich, dann muß es der vorgebrachten Beschränkung die Wirksamkeit versagen. Ob ein derartiger Ausnahmefall vorliegt, hat das Gericht bei seiner Untersuchung über die Wirksamkeit der Teilanfechtung zu prüfen.

Innerhalb dieser Gruppe gibt es aber noch eine weitere Möglichkeit der Beschränkung. Es ist durchaus denkbar, daß der Beschwerdeführer sich zwar mit der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte abfindet, aber deren Dauer kritisiert. Nicht etwa dahingehend, daß der Richter die zulässige Höchst- und Mindestgrenze verfehlt, sondern daß er innerhalb der zulässigen Dauer unangemessen hoch oder niedrig gegriffen habe. Denn bekanntlich steht dem Gericht gemäß § 32 Abs. 2 StGB hinsichtlich der Dauer des Ehrverlustes ein gewisser Spielraum zur Verfügung, so z. B. neben einer Gefängnisstrafe mindestens 1 Jahr und höchstens 5 Jahre. Das gilt sowohl für die fakultative als auch für die obligatorische Aberkennung. Man wird also nichts dagegen einwenden können, wenn der Verurteilte beanstandet, daß die neben einer einjährigen Gefängnisstrafe aus §§ 263 oder 302 d StGB verhängte Ehrenstrafe von 5 Jahren zu hoch sei. Dasselbe muß auch dann gelten,

1) Vgl. § 32 Abs. 1 StGB in Verbindung mit den verschiedensten Strafgesetzen; z. B. neben allen Zuchthausstrafen oder neben Gefängnisstrafen in §§ 242, 246, 249, 263, 266 StGB.

wenn die Staatsanwaltschaft den verhängten Ehrverlust von 1 Jahr als zu kurz ansieht. - Allerdings ist dabei wiederum die oben gemachte Einschränkung zu beachten. Hier, wo es um die zeitliche Länge des Ehrverlustes geht, hat der Rechtsmittelrichter sein besonderes Augenmerk darauf zu richten, ob nicht das Erstgericht die Dauer der Ehrenstrafe schon bei der Höhe der Hauptstrafe berücksichtigt hat und umgekehrt. Hat der Vorrichter durch eine solche Art der Strafzumessung eine Relation zwischen beiden Strafen hergestellt, so nimmt dies einer Beschränkung die Wirksamkeit.

c) Einen weiteren Ausnahmefall stellt das Reichsgericht in RG 65, 296 auf. Dort war der Angeklagte wegen mehrerer realkonkurrierender Delikte zu einer Gesamtstrafe und zum Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verurteilt worden. Dabei hatte das Untergericht übersehen, die verschiedenen Einzelstrafen für die einzelnen Delikte auszuwerfen. Der Angeklagte hatte sein Rechtsmittel auf die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte beschränkt. - Nach allgemeiner Auffassung kann auch bei einer Gesamtstrafe Ehrverlust ausgesprochen werden, wenn dieser Ausspruch neben einer verwirkten Einzelstrafe zulässig ist (1). Dem stimmt auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung zu. Nachdem das untere Gericht es aber in diesem Falle versäumt hatte, die verwirkten Einzelstrafen festzusetzen, konnte das Reichsgericht nicht nachprüfen, ob die verhängte Ehrenstrafe neben einer dieser Einzelstrafen zulässig war. Völlig folgerichtig zieht das Reichsgericht daraus den Schluß, daß die Prüfung, ob die Ehrenstrafe zu Recht erkannt war, sich deshalb auf den gesamten Strafausspruch erstrecken müsse (2).

d) Die vorstehenden Erörterungen dürfen allerdings nicht falsch aufgefaßt werden. Sie sind nicht dahin zu verstehen, daß es für die Trennbarkeit entscheidend sein soll, welche Mängel der Beschwerdeführer hinsichtlich des Ehrverlustes behauptet. Denn das wäre nichts anderes, als daß über die Möglichkeit der Trennung das Beschwerdebringen entscheidet. Das wäre gewiß nicht richtig. Es sollte lediglich nachgewiesen werden, daß bei Beanstandungen der verschiedensten Art - mögen sie die Zulässigkeit oder die Angemessenheit des Ehrverlustes betreffen - eine isolierte Überprüfung der Ehrenstrafe durchaus möglich ist.

Als Ergebnis läßt sich also zusammenfassen, daß eine getrennte Anfechtung der Ehrenstrafe nicht in jedem Falle von vornherein möglich und wirksam ist. In der Mehrzahl aller Fälle wird zwar einer Abtrennung nichts im Wege stehen. Die Hauptstrafe erwächst dann samt dem Schuldspruch in Rechtskraft und wird für das

1) vgl. Leipz. Komm., § 32, Anm. 3; Schönke - Schröder, § 32 Anm. II 4.

2) Zustimmend Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 33.

Rechtsmittelgericht bindend. Sowohl ihre Zulässigkeit als auch ihre Angemessenheit liegen außerhalb des Prüfungsbereichs des Obergerichts, mögen diesem noch so große Zweifel an deren Richtigkeit kommen.

Dagegen entbehrt die Beschränkung bei den herausgearbeiteten Sonderfällen jeglicher Wirksamkeit. Das sind also vor allem die Sachverhalte, in denen durch die Art der Strafzumessung beide Strafen in enge Beziehungen zueinander getreten sind. Hier darf der Rechtsmittelrichter eine Beschränkung nicht beachten, gleichgültig, worauf sie gestützt ist. Nachdem die Rechtsmittelbegründung für die Trennbarkeit nicht entscheidend ist, bleibt es ohne Belang, ob der Beschwerdeführer die Aberkennung oder die Nichtaberkennung als solche oder die Dauer der Ehrenstrafe rügt. In jedem Falle muß das obere Gericht auch die Hauptstrafe in seine Nachprüfung einbeziehen.

2. Es bleibt jetzt noch zu untersuchen, ob der Rechtsmittelführer lediglich die verhängte Hauptstrafe angreifen und die Nebenstrafe des Ehrverlustes bestehen lassen kann. Während die Rechtsprechung sich zu dieser Frage bisher nicht geäußert hat, nimmt Belling (1) ohne nähere Begründung an, daß eine solche Trennung möglich sei. Man wird aber auch hier gut daran tun, diese Behauptung nicht einfach ungeprüft zu übernehmen, sondern sie im Lichte der verschiedenen Möglichkeiten zu betrachten.

Keinen Zweifel gibt es darüber, daß in den Fällen, in denen die Höhe der Hauptstrafe auf die Höhe der Nebenstrafe Rücksicht nimmt, eine alleinige Anfechtung der Hauptstrafe nicht in Frage kommt. Hier stehen beide Unrechtsfolgen in einem solchen Zusammenhang, daß die Bekämpfung der einen sich notwendig auf die andere erstrecken muß.

Ob dies auch dann zutrifft, wenn das Erstgericht beide Strafen unbeeinflußt voneinander ausgemessen hat, ist weniger selbstverständlich. Mit dem früher entwickelten Begriff des Folgezwangs läßt sich hier nur bedingt operieren. Denn die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte steht nicht immer in einem notwendigen Abhängigkeitsverhältnis zur Hauptstrafe. Bei der fakultativen Aberkennung darf dies zwar noch angenommen werden. In diesen Fällen beruhen nach § 32 Abs. 2 StGB die Zulässigkeit und ihre Dauer auf dem Vorhandensein einer bestimmten Hauptstrafe und deren Höhe (2). Art und Höhe der Hauptstrafe haben damit ent-

1) Lehrb. S. 338; so auch schon früher H e m p f i n g, S. 115; neuestens auch L ö w e - R o s e n b e r g (Jagusch), § 327 Anm. 3.

2) Zuchthausstrafe schlechthin oder Gefängnisstrafe über 3 Monate mit ausdrücklicher Ermächtigung zur Verhängung des Ehrverlustes in der betreffenden Strafnorm; für die Dauer des Ehrverlustes ist maßgebend, ob die Zuchthausstrafe eine lebenslängliche oder eine zeitige ist.

scheidenden Einfluß auf die Nebenstrafe. Ein Angriff auf die Hauptstrafe muß damit notwendig auch den ausgesprochenen Verlust der Ehrenrechte mit erfassen. -

Anders liegt es dagegen bei der zwingend vorgeschriebenen Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte. Ihre Verhängung als solche richtet sich nicht nach einer so oder anders gearteten Hauptstrafe. In den Fällen der §§ 161, 181, 302 d und e StGB ist die Ehrenstrafe eine direkte Folge des Schuldspruchs. Sie muß hier - wobei ihre Dauer jetzt außer Betracht bleiben kann - auf Grund eines bestimmten Schuldspruchs verhängt werden, ungeachtet der Art und der Höhe der Hauptstrafe. Daß dabei die angefochtene Hauptstrafe wegen des rechtskräftigen Schuldspruchs in jedem Falle wieder zu einer Hauptstrafe führen muß, ist gar nicht einmal das ausschlaggebende Argument. Maßgebend ist vielmehr, daß der rechtskräftige Schuldspruch so oder so zur Nebenstrafe des Ehrverlustes zwingt. Der Grundsatz des Folgezwangs kann hier nicht angewendet werden. Wenn es also allein um den Ausspruch der Nebenstrafe an sich ginge, würde diese wegen ihrer zwingend vorgeschriebenen Festsetzung von einer Anfechtung der Hauptstrafe nicht berührt werden. Dennoch kann in gewissen Fällen der Angriff auf die Hauptstrafe auch die Überprüfung der Nebenstrafe des Ehrverlustes nach sich ziehen. Nämlich dann, wenn das Rechtsmittelgericht die Hauptstrafe von Zuchthaus auf Gefängnis mildert und dadurch mit Rücksicht auf § 32 Abs. 2 StGB die Dauer des Ehrverlustes beeinflusst. Der einzige Fall dieser Art ergibt sich aus § 154 StGB. Dort kann der Richter, je nachdem, ob mildemde Umstände vorliegen oder nicht, Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe verhängen. Beschwerzt sich der Verurteilte wegen der gegen ihn verhängten Zuchthausstrafe aus § 154 StGB, so ergreift dieses Rechtsmittel auch die nach § 161 StGB verhängte Ehrenstrafe. Denn es ist dabei nicht ausgeschlossen, daß das obere Gericht wegen Annahme mildernder Umstände eine Gefängnisstrafe auswirft, die ihrerseits wieder die Dauer der Ehrenstrafe beeinflussen kann. Dagegen wird in allen anderen Fällen die zwingend vorgeschriebene Ehrenstrafe (also in den §§ 181, 302 d und e StGB) von einer Teilanfechtung der Hauptstrafe nicht erfaßt. Dort bleibt die Art der Hauptstrafe - in § 181 StGB immer Zuchthaus, in §§ 302 d und e StGB immer Gefängnis - stets die gleiche und damit auch der Spielraum für die Dauer der Nebenstrafe des Ehrverlustes. Als direkte Folge des Schuldspruchs ist die Nebenstrafe in diesen Fällen nicht von der Hauptstrafe abhängig. Sowohl ihre Zulässigkeit als auch ihre Dauer werden von Veränderungen in der Höhe der Hauptstrafe nicht angetastet; es sei denn, die Dauer beider Strafen ist aufeinander abgestimmt worden.

Die vorstehenden Betrachtungen zeigen, wie notwendig es ist, auch in scheinbar zweifelsfreien Fällen den vorhandenen Beschränkungsmöglichkeiten nachzugehen und sie im einzelnen zu prüfen.

II. DIE UNFÄHIGKEIT ZUR BEKLEIDUNG ÖFFENTLICHER ÄMTER

Wenn hier von Amtsunfähigkeit die Rede sein wird, dann ist damit nicht die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter gemeint, wie sie sich als automatische Folge jeder Zuchthausstrafe gemäß § 31 StGB ergibt. Es soll vielmehr die Nebenstrafe eigener Art gemeint sein, die allgemein nach § 35 StGB unter den dortigen Voraussetzungen oder auf Grund ausdrücklicher Zulassung in einzelnen Straftatbeständen (1) angeordnet werden kann.

Die Möglichkeit ihrer gesonderten Anfechtung ist - soweit ersichtlich - in Wissenschaft und Praxis nirgends besonders erwähnt. Auch hier kann auf eine eingehende Darstellung verzichtet werden. Denn sie ist im Grunde genommen nicht mehr als eine Unterart des Ehrverlustes. Wohl ist ihr in der Reihe der vom Gesetzgeber aufgestellten strafrechtlichen Sanktionen ein eigener Platz eingeräumt worden, wohl kommt ihr im Bereich des Strafausspruches auch nach außen eine selbständige Bedeutung zu. In ihrem Wesensgehalt jedoch unterscheidet sie sich wenig von der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte. Die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu erlangen oder inne zu haben, gehört zu den bürgerlichen Ehrenrechten. Sie ist ein Teil der in den §§ 33, 34 StGB aufgezählten bürgerlichen Ehrenrechte. In den §§ 35 bzw. 128, 358 StGB hat sie der Gesetzgeber lediglich aus dem Katalog der bürgerlichen Ehrenrechte herausgenommen und zum Gegenstand einer verselbständigten Ehrenrechtsfolge erhoben.

Hinsichtlich ihres Charakters als Unrechtsfolge steht sie - soweit es ihre Abtrennung anlangt - zur Hauptstrafe im gleichen Verhältnis wie der Ehrverlust. Mit Rücksicht darauf erübrigt sich eine besondere Stellungnahme zu der Frage, wie es um die Trennbarkeit dieser Nebenstrafe bestellt ist. Die oben aufgestellten Grundsätze über die Teilanfechtung des Ehrverlustes gelten - natürlich mutatis mutandis - auch für die Amtsunfähigkeit. Um Wiederholungen zu vermeiden, darf insoweit auf das unter I. Ausgeführte verwiesen werden.

III. DIE EINZIEHUNG

Die Unrechtsfolge der Einziehung hat nach heute allgemein herrschender Auffassung (2) eine doppelte Natur. Sie ist einmal Nebenstrafe und zum anderen

1) Z. B. §§ 85, 98, 101, 128, 358 StGB.

2) Vgl. z. B. Jagusch in Leipz. Komm. § 40 Anm. I 2; Schönke-Schröder, § 40 Anm. I; Kohlrausch-Lange, § 40 Anm. I; Schwarz,

polizeiliches Sicherungsmittel. Ihre Zugehörigkeit zur einen oder anderen Kategorie bestimmt sich danach, welchen Zweck die jeweilige gesetzliche Bestimmung mit der Einziehung verfolgt. Erstrebt das betreffende Strafgesetz mit der Einziehung, dem Täter für seine strafbare Handlung ein Rechtsübel zuzufügen, so trägt sie den Charakter einer Strafe. Dagegen ist sie eine vorbeugende Sicherungsmaßnahme, wenn mit der Beschlagnahme die Verhütung weiterer Straftaten erreicht werden soll. Als Erkennungsmerkmal dafür, ob in einer Strafbestimmung bei der Einziehung der Strafzweck oder der Sicherungszweck überwiegt, hat die Rechtsprechung eine Richtlinie herausgearbeitet: Demnach ist die Einziehung dann eine Strafe, wenn sie voraussetzt, daß die betreffenden Gegenstände einem Täter oder Teilnehmer gehören (z. B. in §§ 40, 284 b Satz 1 StGB). Diese Bedingung macht deutlich, daß die Konfiskation hier den Täter oder Teilnehmer als Vergeltung für sein strafbares Verhalten treffen will. Ist dagegen die Einziehung ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse an den Gegenständen vorgeschrieben oder zulässig, so wird daraus auf ihren Charakter als Sicherungsmaßnahme geschlossen (z. B. in §§ 245 a, 284 b Satz 2, 295 StGB und in zahlreichen strafrechtlichen Nebengesetzen). Es darf insoweit auf die ausführlichen Erörterungen von Jagusch im Leipziger Kommentar (1) verwiesen werden.

Ferner sei daran erinnert, daß der Ausspruch über die Einziehung vom Gesetzgeber teils zwingend vorgeschrieben (2), teils in das Ermessen des Gerichts gestellt ist (3).

Von diesen Überlegungen ausgehend wird nun zu prüfen sein, ob die Einziehung einen trennbaren Entscheidungsbestandteil darstellt. Dabei ist gleich vorwegzunehmen, daß die Fälle, in denen die Einziehung ohne Rücksicht auf die Eigentumslage stattfindet (die sogenannte unterschiedslose Einziehung) und in denen ein an der Straftat Unbeteiligter davon betroffen wird, hier ausgespart werden können. Denn dort tritt das Problem der Trennbarkeit gar nicht auf. Der außenstehende Dritte wird nur durch die Einziehung belastet. Andere Strafübel können ihn nicht treffen. Sein Rechtsmittel kann sich ohnehin nur gegen die Einziehung richten. Die Trennung der Einziehung von anderen Unrechtsfolgen kommt deshalb für ihn nicht in Betracht. - Die nachfolgenden Erörterungen beziehen sich also nur auf die Rechtsmittel von Tätern oder Teilnehmern eines Delikts, weil gegen diese neben der Einziehung noch andere Strafen verhängt sind.

Forts.: Komm. z. StGB § 40 Anm. 1; Maurach, Lehrb. Allg. Teil, S. 671/72; Welzel, S. 200; Sauer, S. 269; H. Mayer, S. 397; Mezger, Lehrb. S. 493; RG 46, 131; 52, 226; 57, 177; 61, 366; 63, 379.

1) a. a. O.; vgl. auch KMR, Vorbem. 1 vor § 430.

2) Z. B. in §§ 152, 245 a Abs. 3, 284 b Satz 1 StGB und in verschiedenen strafrechtl. Nebengesetzen, wie § 20 Satz 2 Fernmeldegesetz, § 401 RAO, § 11 Spreng-

In der Rechtsprechung ist die Abtrennung der Einziehung bisher Gegenstand verschiedener Entscheidungen gewesen (1). Außer der Feststellung, daß es sich bei der Einziehung um einen trennbaren Entscheidungsteil handle, enthalten diese Urteile keine näheren Einzelheiten. Sie lassen sich insbesondere nicht darüber aus, ob die Einziehung infolge ihres Doppelcharakters und ihrer vielfältigen Erscheinungsformen im Rahmen der Trennbarkeit unterschiedlich zu beantworten ist. Vielmehr behandeln sie den Begriff der Einziehung einheitlich, sprechen von der Einziehung schlechthin. Auch die Rechtslehre beschäftigt sich bei der Erörterung von Problemen der Rechtsmittelbeschränkung mit der Einziehung nur am Rande (2). Sie begnügt sich unter Verweisung auf die Praxis damit, die Trennbarkeit - je nach dem sonstigen Standpunkt des Betrachters - ohne weitere Begründung zu bejahen oder zu verneinen. Ob diese summarische Behandlung der Einziehung in Richtung auf ihre Trennbarkeit zutrifft, wird sich zeigen.

1. Die Einziehung als Sicherungsmaßnahme

Die Trennbarkeit der Einziehung wird allein von ihrem Verhältnis zu anderen Urteilstellen bestimmt. Ihr begrifflicher Zusammenhang mit anderen Entscheidungselementen gibt Aufschluß darüber, ob eine Lostrennung möglich ist oder nicht. Außer den genannten Voraussetzungen (also den Eigentumsverhältnissen am Einziehungsobjekt) gibt der Gesetzgeber keine Auskunft auf die Frage, welche Gesichtspunkte für die Anordnung der Einziehung beachtet werden müssen. Er beschränkt sich nur in bestimmten Strafnormen auf die Mitteilung, daß hier die Einziehung ausgesprochen werden muß oder kann.

Forts.: stoffgesetz.

- 3) Z. B. in §§ 40, 284 b Satz 2, 360 Abs. 2, 367 Abs. 2 StGB und in mehreren strafrechtlichen Nebengesetzen wie § 40 Abs. 1 Bundesjagdgesetz, § 16 Abs. 3 des Gesetzes über den Verkehr mit unedlen Metallen.
- 1) Vgl. z. B. RG 42, 30; 46, 221; OLG Freiburg in DRZ 1949/140 = HEST 2, 140; ferner bei Gage - Sarstedt, S. 48, Fußnote 283 eine unveröffentlichte BGH-Entscheidung.
- 2) Für eine gesonderte Anfechtung sind v. Schwarze in HH S. 283; Binding, S. 257; Heslenfeld, S. 307; Löwenstein, S. 5; Gage - Sarstedt, S. 48; Erbs, Komm. z. StPO § 353 Anm. II a; Dalcke, § 352 StPO Anm. 1; Schwarz, Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 B a bb; Löwe - Rosenberg (Jagus), § 344 Anm. 4 a 1. Abs. S. 848; KMR, § 318 Anm. 3 b dd (3); § 344 Anm. 5. - Gegenteiliger Ansicht: Schlayer, S. 737; Schneidler, S. 92.

Nimmt man nun die Verurteilungen aus denjenigen Strafgesetzen zur Hand, in denen die Einziehung ein Sicherungsmittel darstellt, so zeigt sich hier ihre Selbstständigkeit offensichtlich. Denn der mit der Einziehung angestrebte Zweck ist völlig verschieden von dem, welcher der Hauptstrafe zugrunde liegt. Der Einziehungsgegenstand soll hier ohne Rücksicht auf die Eigentumslage aus dem Verkehr entfernt werden, um nicht mehr als Mittel weiterer strafbarer Handlungen zu dienen. Die Überlegungen, die das Gericht im Hinblick auf eine Einziehungsmaßnahme anstellt, haben mit den richterlichen Erwägungen zur Hauptstrafe nichts zu tun. Es handelt sich um zwei völlig getrennte Denkopoperationen, die das Gericht hier durchführt. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob das Gericht zur Anordnung der Einziehung laut Gesetz verpflichtet ist oder ob die Verhängung dieser Maßnahme seinem Ermessen überlassen bleibt. In jedem Falle wird es die Einziehung auf Grund gesonderter Überlegungen aussprechen, die es unabhängig von der Ausmessung der Hauptstrafe angestellt hat. Im Falle der zwingend vorgeschriebenen Einziehung bleibt dem Gericht außerdem gar kein eigener Spielraum. Mit dem Entschluß, den Angeklagten z.B. eines Vergehens des Glückspiels nach § 284 StGB schuldig zu sprechen, ist das Gericht nach § 284 b Satz 1 StGB bereits gezwungen, die Gegenstände einzuziehen. Es ist dies ein Vorgang, der die Hauptstrafe überhaupt nicht berührt. Aber auch bei der fakultativen Einziehung wird sich der Richter in der Regel über die Hauptstrafe längst klar geworden sein, ehe er daran geht, die Einziehung der betreffenden Gegenstände zu erwägen.

Damit sind die Hauptstrafe und die Einziehung zwar zwei Unrechtsfolgen ein und desselben Schuldspruchs, sie beruhen aber wegen des mit ihnen verfolgten verschiedenartigen Zwecks auf getrennten rechtlichen Erwägungen. Auf die Teilanfechtung übertragen bedeutet dies, daß die Einziehung als Sicherungsmaßnahme ohne weiteres allein dem Rechtsmittelgericht zur Nachprüfung vorgelegt werden kann. Dies leuchtet besonders dann ein, wenn der Angeklagte die unzulässige Verhängung der Einziehung oder der Staatsanwalt die Unterlassung der zwingend vorgeschriebenen Einziehung rügen. Das gleiche gilt aber auch dort, wo die Einziehung dem Gericht überlassen bleibt, wo es also auf die Angemessenheit dieser Maßnahme ankommt. Ohne die übrigen Entscheidungsbestandteile berühren zu müssen, kann das höhere Gericht über die alleinige Frage befinden, ob es die Einziehung für angemessen hält oder nicht.

Als erstes Ergebnis verdient sonach festgehalten zu werden, daß ein Rechtsmittel in den Fällen auf die Einziehung beschränkt werden kann, in denen sie den Charakter eines polizeilichen Sicherungsmittels trägt.

2. Die Einziehung als Nebenstrafe

Dagegen kann die Einziehung als Nebenstrafe in gewissen Fällen in einem untrennbaren Zusammenhang zur Hauptstrafe stehen. Dies wird immer dort zu treffen, wo das untere Gericht die Hauptstrafe mit Rücksicht auf die Einziehungsstrafe niedriger festgesetzt hat. Es darf insoweit an die oben im Abschnitt über den Ehrverlust gemachten Ausführungen erinnert werden. Dasselbe gilt auch hier. Hat die Nebenstrafe der Einziehung - vor allem die zwingend vorgeschriebene - den Richter bei der Bemessung der Hauptstrafe beeinflußt, so ist eine Trennung der beiden Unrechtsfolgen nicht möglich. Denn in einem so gearteten Strafausspruch hat das Gericht die beiden Schuldfolgen nicht nach ihrem eigentlichen Zweck verhängt, sondern in ihnen den gesamten Unrechtsgehalt der Tat gemeinsam niedergelegt. Wenn das Beschwerdegericht bei einer alleinigen Anfechtung der Einziehung eine solche Verbindung zur Hauptstrafe erkennt oder für möglich hält, dann muß es diese Beschränkung als nicht wirksam übergehen und auch die Hauptstrafe nachprüfen.

In allen anderen Fällen aber ist die Einziehung auch als Nebenstrafe abtrennbar und kann zum alleinigen Gegenstand eines Rechtsmittels gemacht werden. Dies dürfte wohl auch die Regel sein. Denn im allgemeinen wird das Gericht Hauptstrafe und Einziehungsstrafe unabhängig voneinander festsetzen. Aus der Zweiteilung in obligatorische und fakultative Einziehungsstrafe ergibt sich hierfür keine unterschiedliche Betrachtung, wenn man davon absieht, daß sich ein entsprechendes Rechtsmittel auf der einen Seite mit der Zulässigkeit, auf der anderen Seite mit der Angemessenheit der Einziehung zu befassen hat. In jedem Falle ist das Obergericht ohne Schwierigkeiten in der Lage, die Nebenstrafe der Einziehung gesondert zu prüfen.

Im selben Maße, in dem ein Rechtsmittel auf die Einziehung beschränkt werden kann, darf auch das Revisionsgericht eine Teilaufhebung des Urteils nur auf die Einziehung erstrecken.

3. Die Abtrennung der Strafe gegenüber der Einziehung

Umgekehrt ist auch eine alleinige Anfechtung der Hauptstrafe mit der Absicht, den Ausspruch über die Einziehung bestehen zu lassen, durchaus möglich. Ob die Einziehung dann Nebenstrafe oder Sicherungsmaßnahme ist, bleibt dafür belanglos. Von den oben genannten Ausnahmen einer gegenseitigen Beeinflussung von Haupt- und Nebenstrafe abgesehen, ist die Einziehung in jedem Falle eine selbständige Folge des Schuldspruchs, mag ihre Anordnung zwingend vorgeschrieben sein oder nicht. Sie steht nicht in Abhängigkeit von der Hauptstrafe.

Nur ein Angriff auf den Schuldspruch kann sie zu Fall bringen. Daß die angeordnete Einziehung dann möglicherweise eine gewisse Zeit rechtskräftig allein besteht, nämlich bis über die Hauptstrafe neu entschieden ist, ist nicht unsinnig. Denn die Grundlage der Einziehung, der Schuldspruch, ist ja unangetastet geblieben und dadurch rechtskräftig geworden. Der Ausspruch über die Einziehung hängt also keineswegs bis zur Entscheidung des Rechtsmittelgerichts ziel- und planlos in der Luft, sondern wird nach wie vor von dem ihn allein tragenden Fundament, dem rechtskräftigen Schuldspruch, gehalten. Dazu kommt, daß der Einziehung an Hand des unangefochten gebliebenen Schuldspruchs so oder so wieder eine Hauptstrafe an die Seite gestellt wird.

IV. DIE VERFALLERKLÄRUNG

Eng verwandt mit der Einziehung ist die sogenannte Verfallerklärung. Man versteht darunter die Einziehung solcher Gegenstände, die im Rahmen eines Bestechungsdelikts empfangen worden sind. Diese Gegenstände werden in gewissen Fällen im Strafurteil für verfallen erklärt (1).

Damit ist die Verfallerklärung im Grunde genommen nichts anderes als eine speziell für die Bestechungsdelikte bestimmte Form der Einziehung. Sie setzt voraus, daß Gegenstände irgendwelcher Art angenommen worden sind. Ob sie der Bestechene noch im Besitze hat oder nicht, ist unwichtig. Er kann sie dem Bestecher in der Zwischenzeit auch wieder zurückgegeben haben. Es genügt sogar, daß der Bestechungsempfänger sie lediglich zum Schein angenommen hat. Jedenfalls muß ein Delikt der aktiven oder passiven Bestechung vorliegen. Die Verfallerklärung kann sich also nur gegen Täter oder Teilnehmer einer solchen Straftat richten, mögen sie nun auf der Geber- oder Nehmerseite stehen. Deshalb wird die Verfallerklärung nach allgemein herrschender Ansicht als Nebenstrafe angesehen (2).

- 1) So z. B. in §§ 335 StGB, 12 Abs. 3 Unlaut. Wettbew. Ges., 5 Abs. 1 der Verordnung gegen Bestechung und Geheimnisverrat nicht beamteter Personen vom 22. 5. 1943.
- 2) So RG 53, 319; 57, 232; 67, 29 (31); ferner Leipz. Komm. (Rohde-Ziegler), § 335 Anm. 1; Schönke-Schröder, § 335 Anm. I; Kohlrausch-Lange, § 335 Anm. I; Schwarz, Komm. z. StGB § 335 Anm. 1; Dalcke, § 12 unl. Wettbew. Ges. Anm. 12; Stenglein, Komm. z. d. strafrechtl. Nebengesetzen, Bd. I § 12 unl. Wettbew. Ges. Anm. 18, Bd. II § 5 d. VO geg. Bestechung u. Geheimnisverrat nicht beamt. Personen Anm. 1; Maurach, Lehrb. Allg. Teil S. 669; Welzel, S. 201; Sauer, S. 269. - Neuestens auch BGH in JZ 1 958/544.

Als Sonderform der Einziehung unterliegt die Verfallerklärung hinsichtlich der Rechtsmittelbeschränkung den gleichen Regeln wie diese. Ihre Abtrennung ist im selben Umfang möglich wie bei der Einziehung, soweit diese Nebenstrafe ist. Es kann deshalb auf die entsprechenden Erörterungen im vorigen Teilabschnitt verwiesen werden. Da zudem die Verfallerklärung jeweils zwingend vorgeschrieben ist, ergeben sich für ihre gesonderte Anfechtung nur begrenzte Möglichkeiten. Diese liegen ausschließlich auf dem Gebiete der Zulässigkeit dieser Maßnahme. Sei es, daß der Verurteilte ihre Unzulässigkeit behauptet, sei es, daß der Staatsanwalt die unterlassene Festsetzung rügt. Jedes weitere Rechtsmittelvorbringen, etwa die Beanstandung der Höhe der Bestechungsgelder und damit des für verfallen erklärten Betrages, berührt bereits den Schuldspruch (vgl. oben S. 49). Auch Judikatur und Literatur bejahen übereinstimmend die Trennbarkeit des Ausspruchs über die Verfallerklärung (1).

V. DIE WERTERSATZSTRAFE

Gewissermaßen eine Ergänzung zu Einziehung und Verfallerklärung bildet die Wertersatzstrafe. Sie ist eine Art Ersatzmaßnahme. Als solche tritt sie in gewissen Fällen an die Stelle der Einziehung oder Verfallerklärung (2), wenn die zur Konfiskation vorgesehenen Gegenstände uneinbringlich, nicht mehr vorhanden oder sonst irgendwie nicht mehr greifbar sind. Dann ist dem verurteilenden Gericht die Möglichkeit gegeben, dem Angeklagten den Ersatz des Wertes dieser Gegenstände aufzuerlegen.

Daß die Verurteilung zum Wertersatz eine Nebenstrafe ist, wird im allgemeinen anerkannt (3). Dies ergibt sich nicht allein daraus, daß sie ein Surrogat der Einziehung bzw. der Verfallerklärung ist, und deshalb ebenfalls den Charakter einer Strafe tragen muß. Vielmehr deutet darauf auch die Tatsache hin, daß mit der Anordnung des Wertersatzes gerade der Täter eines Delikts getroffen werden soll.

- 1) siehe RG 67, 29; Leipz. Komm. (Rohde-Ziegler), § 335 Anm. 8; Schwarz, Komm. z. StGB § 335 Anm. 2 B; KMR, § 344 Anm. 5; Löwe-Rosenberg (Jagus ch), § 344 Anm. 4 a 2. Abs.; Gage-Sarstedt, S. 48 mit Fußnote 286 unter Hinweis auf eine unveröffentlichte BGH-Entscheidung.
- 2) z. B. in § 401 Abs. 2 RAO statt der Einziehung; in §§ 335 StGB, 12 Abs. 3 unl. Wettbew. Ges., 5 Abs. 1 d. VO gegen Bestechung u. Geheimnisverrat nicht beamteter Personen vom 22. 5. 1943 statt der Verfallerklärung.
- 3) vgl. z. B. RG 63, 282; 65, 285; Leipz. Komm. (Jagus ch), § 27 Anm. 5 b; Dalcke, § 401 RAO Anm. 10.

Entscheidend ist also nicht, bestimmte Einziehungs- oder Verfallsgegenstände sicherungshalber aus dem Verkehr zu nehmen, sondern dem Täter mit der Wegnahme dieser Gegenstände oder mit dem Ersatz ihres Wertes ein Übel zuzufügen. Ist danach der alleinige Zweck, den Angeklagten mit einer von ihm als Übel empfundenen Maßnahme zu belasten, dann kann es sich nur um eine Unrechtsfolge mit Strafcharakter handeln.

Die Frage der gesonderten Anfechtung der Wertersatzstrafe ist mit den bisher angestellten Betrachtungen schon beantwortet. Als Hilfsmaßnahme, als Eventualsanktion für die nicht mögliche Einziehung oder Verfallerklärung, unterliegt sie im Rahmen der Rechtsmittelbeschränkung notwendig denselben Regeln wie diese. Der ihr zugrundeliegende Zweck stellt sie zwangsläufig in eine Reihe mit der Einziehung und der Verfallerklärung und bringt sie in das gleiche Verhältnis zur Hauptstrafe wie jene beiden. Irgendwelche Besonderheiten sind nicht festzustellen. Als jeweils zwingend vorgeschriebene Nebenstrafe kann ihre fälschliche Verhängung oder Nichtverhängung vom Verurteilten bzw. von der Staatsanwaltschaft zum alleinigen Inhalt eines Rechtsmittels gemacht werden. Hauptstrafe und Schuldspruch erwachsen dann in Rechtskraft. Das Beschwerdegericht ist ohne Schwierigkeiten in der Lage, nur die Wertersatzstrafe auf ihre Zulässigkeit zu prüfen. Die Trennbarkeit der Wertersatzstrafe ist daher - von den prinzipiellen Gegnern jeglicher Abtrennung zu schweigen - in Praxis und Wissenschaft einmütig gebilligt worden (1).

1) Vgl. RG in Recht 1928 Nr. 999; BGH 4 StR 64/52 v. 11.12.1952 (unveröff. BGH-Entsch., mitgeteilt von Herlan in GA 1953/177); BGH 4, 63 (unter Hinweis auf RG 67, 30 und eine weitere nicht veröffentl. BGH-Entsch.); BGH 6, 305; KG in JR 1956/472; ferner Dalcke, § 344 StPO Anm. 1; Löwe-Rosenberg (Jaguschk), § 344 Anm. 4 a 2. Abs.; KMR, § 344 Anm. 5; Gage-Sarstedt, S. 48 mit Fußnote 284 unter Verweisung auf eine unveröffentlichte BGH-Entscheidung.

VIERTER HAUPTTEIL

Die Trennbarkeit von Maßregeln der Sicherung und Besserung

Unter den vielfältigen Maßnahmen, mit denen der moderne Gesetzgeber auf kriminelle Rechtsbrüche reagiert, beanspruchen die Maßregeln der Sicherung und Besserung einen wichtigen Platz. Sie bilden neben den eigentlichen Strafen eine zweite Hauptgruppe von Unrechtsfolgen, denen sich der Gesetzesverletzer gegenübersieht. Von den Strafen im eigentlichen Sinne - seien es Haupt- oder Nebenstrafen - heben sie sich deutlich ab. Ihr Sinn und der mit ihnen verfolgte Zweck sind völlig anders geartet. Jene wollen den Täter treffen, ihm ein Rechtsübel zufügen, wollen ihn strafen; ob zur Vergeltung, zur Sühne, zur speziellen oder zur allgemeinen Abschreckung, spielt hier keine Rolle. Diese wollen vorbeugen, wollen die Allgemeinheit vor eventuellen weiteren Delikten des betreffenden Täters schützen und mitunter den letzteren auch bessern. Aus dieser teleologischen Verschiedenheit ergibt es sich von selbst, daß den vorbeugenden Sicherungsmaßregeln andere Voraussetzungen zu eigen sind als den Strafen. Sie stehen deshalb selbständig neben den Strafen, werden also neben diesen verhängt (1). Ihr Verhältnis zu den Strafen wird nicht durch ein "anstatt", sondern durch ein "zugleich" gekennzeichnet. Dieses Nebeneinander von Strafen und Sicherungsmitteln (Doppelspurigkeit des Strafrechts!) ist auch für die Trennbarkeit der letzteren von großer Bedeutung.

Will man die Gruppe der Sicherungsmaßnahmen vollständig erfassen, so können nicht nur die in den §§ 42 a ff. StGB verzeichneten Maßregeln den Gegenstand dieses Abschnitts bilden. Der Kreis der Sicherungsmaßnahmen wird nicht durch die in der Legalordnung des Strafgesetzbuches unter dem Titel "Maßregeln der Sicherung und Besserung" genannten Formen erschöpft. Es sind vielmehr noch weitere Arten hinzuzurechnen, wie z. B. die Polizeiaufsicht nach § 38 StGB, die Eidesunfähigkeit in § 161 StGB, die Unbrauchbarmachung nach § 41 StGB, deren Trennbarkeit hier ebenfalls der Erörterung bedarf.

- - - - -

1) Die einzige Ausnahme bildet § 42 b StGB in Verbindung mit § 51 Abs. 1 StGB.

I. DIE UNTERBRINGUNG IN EINER HEIL- UND PFLEGEANSTALT

Untersucht man den Ausspruch über die Einweisung nach § 42 b StGB auf seine Trennbarkeit von anderen Urteilsteilen, so müssen dabei zwei Fallgruppen unterschieden werden. Diese ergeben sich aus der Tatsache, daß der Unterbringung entweder eine völlige Zurechnungsunfähigkeit nach § 51 Abs. 1 StGB oder eine verminderte Zurechnungsfähigkeit nach § 51 Abs. 2 StGB zugrunde liegen kann. Im einen Falle bildet die angeordnete Maßnahme die einzige Unrechtsfolge, im anderen Falle tritt möglicherweise noch eine Strafe dazu. Daraus entstehen für eine Teilanfechtung Gesichtspunkte, die eine differenzierte Behandlung ratsam erscheinen lassen.

1. Die Unterbringung auf der Grundlage des § 51 Abs. 1 StGB

Die alleinige Anfechtung derjenigen Unterbringung, die sich unter anderem auf eine gänzliche Zurechnungsunfähigkeit stützt, entbehrt nicht einer gewissen Problematik. Diese rührt davon her, daß der Angeklagte wegen seiner fehlenden Verantwortlichkeit von Schuld freigesprochen wird, daß deshalb keine Strafe ausgeworfen wird und daß damit die Einweisungsmaßnahme als einzige Unrechtsfolge übrig bleibt. Aus diesem Grunde könnte man schon daran zweifeln, ob hier eine **Beschränkung** überhaupt denkbar ist. Denn wovon sollte der Verurteilte seinen Angriff auf die Unterbringung abtrennen? Ist sie doch die einzige belastende Sanktion, nachdem Schuld- und Strafausspruch fehlen. Das würde zu dem Schluß führen, daß dem Verurteilten praktisch nur die angeordnete Unterbringung als Anfechtungsobjekt zur Verfügung steht. Jedoch ist der allgemeine Grundsatz, daß ein Freispruch keine Beschwer darstellt und nicht mit Rechtsmitteln bekämpft werden kann, in neuerer Zeit für den Fall der Zurechnungsfähigkeit heftiger Kritik ausgesetzt (1). Sogar der Bundesgerichtshof (2) verneint in diesem Ausnahmefall die Beschwer nicht grundsätzlich, läßt die Antwort vielmehr offen. Die Frage braucht hier allerdings nicht abschließend entschieden zu werden. Um die Abtrennung der Unterbringungsmaßnahme plastisch hervorzuheben, soll unter-

1) Vgl. v. Hippel, S. 564; Henkel, S. 422; Peters, S. 498; Kern, Kurzlehrb. S. 188; Henrichs, "Freispruch und Menschenwürde" in MDR 1956/196; KG in HEST 1, 240 = DRZ 1948/255 mit zustimmender Anmerkung von Gallas; OLG Tübingen in NJW 1953/1444; vgl. neuestens Eb. Schmidt, Lehrkomm. Vorbem. vor § 296 Randnote 15 ff., speziell 20/21.

2) BGH 7, 153 = NJW 1955/639 = L.-M. Nr. 2 zu § 296 StPO.

stellt sein, daß eine Anfechtung auch des Freispruchs durch den Verurteilten möglich ist. Im übrigen kehrt das Abtrennungsproblem bei einem Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft noch deutlicher wieder. Denn die Staatsanwaltschaft kann auf alle Fälle gegen den Freispruch vorgehen. Sie kann aber auch die Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt kritisieren, wenn nach ihrer Ansicht ein Sicherheitsbedürfnis der Öffentlichkeit fehlt. Damit ergibt sich das Problem der Trennbarkeit jedenfalls bei einer Beschwerde der Staatsanwaltschaft.

Da, wie bereits erwähnt, im Falle des § 51 Abs. 1 StGB die Unterbringung an Stelle der Strafe tritt, kommt somit eine Abtrennung zwischen der Sicherungsmaßnahme und der Strafe nicht in Betracht. Das Teilungsproblem wird deshalb nur zwischen Schuldfrage und Einweisung aktuell.

a) Die Rechtsprechung hatte wiederholt Gelegenheit, sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen. Beim ersten dem Reichsgericht unterbreiteten Fall entschied sich der I. Strafsenat im 69. Bande S. 12 ff. für eine Abtrennung der Unterbringung. Er begründete dies damit, daß sich die Anfechtung überhaupt nur gegen die Anordnung der Unterbringung richten könne, weil diese die einzige Beschwer für den Angeklagten bedeute. Außerdem könne sich das Rechtsmittel schon deshalb nicht auf den Freispruch erstrecken, weil wegen des Verbots der reformatio in pejus ohnehin wieder ein Freispruch erfolgen müsse. - Einige Zeit später vertrat der II. Strafsenat in RG 71, 265 (1) die entgegengesetzte Auffassung. Mit Rücksicht auf das inzwischen weggefallene Verbot der Schlechterstellung, so bemerkt das Gericht, sei der frühere Standpunkt unhaltbar geworden. Nunmehr dürfe auch auf ein Rechtsmittel des Verurteilten der Freispruch kassiert und statt seiner eine Strafe verhängt werden. Widersprüche zwischen Unterbringung und Freispruch seien dadurch vermeidbar geworden. Zwischen Unterbringung und Schuldfrage bestehe aber ein untrennbarer Zusammenhang, auf Grund dessen nur eine einheitliche Beurteilung möglich sei. Ein auf die Unterbringung beschränktes Rechtsmittel erstrecke sich daher auf den Urteilsspruch in seiner Gesamtheit (2). - Obwohl nach dem 2. Weltkrieg das Verbot der reformatio in pejus wiederhergestellt wurde, blieb es zunächst bei dieser Ansicht (3). Als Begründung diene meist nur der kurze

- 1) Mit ausführlicher zustimmender Anmerkung von Schneider-Neuenburg in DStR 1938/317.
- 2) Gleicher Ansicht auch RG 72, 353.
- 3) KG in DRZ 1948/255 = HEST 1, 240; OLG Hamburg in JZ 1951/152 (nur Leitsatz); BGH in NJW 1951/450 = JZ 1951/344 = L.-M. Nr. 2 zu § 42 b StGB; BGH in NJW 1951/724 (die beiden letzten Entscheidungen sind allerdings im objektiven Sicherungsverfahren nach §§ 429 a ff. StPO ergangen).

Hinweis, daß die Maßnahme nach § 42 b StGB eben untrennbar mit dem Schuld-spruch verbunden sei. Lediglich das Oberlandesgericht Tübingen (1) beschäftigte sich eingehend mit der Streitfrage, um dann aber zum gleichen Ergebnis zu kommen. Dabei bringt das OLG zum Ausdruck, daß trotz der Rückkehr zum Verbot der Schlechterstellung Freispruch und Sicherungsmaßregel nur einheitlich beurteilt werden könnten. Auch bilde der Freispruch, wenn er auf § 51 Abs. 1 StGB gestützt sei, ausnahmsweise eine Beschwerde. - Dementgegen kehrte das Kammergericht (2) wieder zur ursprünglichen Auffassung des Reichsgerichts zurück. - Schließlich griff der Bundesgerichtshof erneut in diesen Streit ein mit seiner Entscheidung vom 10. 12. 1953 (3). Ohne genauere Begründung teilt dort der III. Strafsenat mit, daß die Unterbringung auf Grund § 51 Abs. 1 StGB zwar sachlich-rechtlich von der Schuldfrage nicht trennbar, aber gleichwohl selbständig anfechtbar sei. - In der Rechtslehre sind die Ansichten geteilt (4). Allerdings hat die Wissenschaft zur Klärung dieser Frage bisher nicht viel beigesteuert. Die Befürworter der einen oder anderen Richtung begnügen sich meist damit, ihre Auffassung mit einer obergerichtlichen Entscheidung zu belegen. Lediglich Schwarz (5) begründet die Verknüpfung zwischen Sicherungsmaßregel und Schuldfrage damit, daß der Verurteilte mit Rücksicht auf die obligatorische Meldung an das Strafregister ein Interesse daran habe, daß der Freispruch beseitigt werde. Dieser Hinweis auf die Mitteilung zum Strafregister ist zwar richtig, hat aber mit der Trennbarkeit nichts zu tun. Das - ohne Zweifel berechnigte - Interesse des Angeklagten an der Beseitigung eines bestimmten Urteils-teiles gibt keinerlei Aufschluß über die Zusammenhänge zwischen verschiedenen Urteilselementen.

1) NJW 1953/1444.

2) NJW 1953/195.

3) BGH 5, 267 = NJW 1954/519 = JZ 1954/255 = JR 1954/188 (nur Leitsatz) = L.-M. Nr. 3 zu § 51 Abs. 1 StGB mit zustimmender Anmerkung von Busch.

4) Während KMR, Vorbem. 8 vor § 296, § 344 Anm. 5; Gage-Sarstedt, S. 48 unter Hinweis auf einige unveröffentlichte BGH-Entscheidungen, für eine Abtrennung sind, sprechen sich Erbs, Komm. z. StPO § 318 Anm. VII; Schwarz, Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 B c; ders. Komm. z. StGB § 42 b Anm. 3; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 b 2, Abs., S. 849; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 36; Leipz. Komm. (Jagusch), § 42 b Anm. IV; Olshausen, 42 b Anm. 10 S. 167 gegen eine solche aus.

5) a. a. O.

b) Untersucht man nun die Trennbarkeit einer auf Grund von § 51 Abs. 1 StPG angeordneten Sicherungsmaßnahme, so hängt das Ergebnis allein davon ab, welche Zusammenhänge zwischen Maßregel und Schuldfrage bestehen. Dazu ist es notwendig, dieses Sicherungsmittel erst einmal näher zu beleuchten.

Die Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt setzt voraus, 1. daß der Täter eine mit Strafe bedrohte Handlung verübt hat, 2. daß er diese Tat im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit begangen hat und 3. daß die öffentliche Sicherheit seine Unterbringung erfordert. Wenn diese drei Bedingungen erfüllt sind - aber auch erst dann -, muß das Gericht die Unterbringung aussprechen. Bringt man jetzt die Sicherungsmaßnahme in Beziehung zur Schuldfrage, so fallen gewisse Parallelen auf. Denn zwei Erfordernisse der Unterbringung - nämlich die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung und ihre Ausführung im zurechnungsunfähigen Zustande - sind zugleich Merkmale, die bei der Schuldfrage eine Rolle spielen. Sowohl die Schuldfähigkeit als auch das Vorliegen einer strafbedrohten Handlung sind Elemente, die bei Beantwortung der Deliktsfrage behandelt werden müssen. Dies könnte zu dem Schluß verleiten, daß beide Merkmale bei der Schuldfrage und bei der Unterbringung übereinstimmend zu beurteilen sind; und zwar dergestalt, daß man die diesbezüglichen Feststellungen im Rahmen der Deliktsfrage, ähnlich wie bei der Strafzumessung, für die Unterbringung bindend übernimmt. Dann hätte das Gericht im Bereich der Sicherungsfrage nur noch zu prüfen, ob die öffentliche Sicherheit zu der Maßregel zwingt. - Diese Argumentation übersieht, daß die Unterbringung bei Prüfung ihrer einzelnen Merkmale nicht geteilt werden kann. Sie ist vielmehr ein einheitliches Ganzes. Das Gericht hat ihre sämtlichen Voraussetzungen unabhängig von anderen Urteilsteilen und nur im Hinblick auf eben diese Maßnahme zu prüfen. Diese Eigenständigkeit der Sicherungsmaßregel ist aber gerade das entscheidende Kriterium für ihre Trennbarkeit. Wohl treffen sich Schuldfrage und Sicherungsfrage an zwei gemeinsamen Punkten. Wohl müssen die Zurechnungsfähigkeit und das Vorliegen einer mit Strafe bedrohten Handlung beide Male untersucht werden. Mit Recht spricht daher der Bundesgerichtshof (1) von einem sachlich-rechtlichen Zusammenhang. Dieser ist in der Tat auch durch die beiden Berührungspunkte gegeben. Aber schließlich darf nicht übersehen werden, daß es im einen Falle um die Beantwortung der Schuldfrage, im anderen Falle um die der Sicherungsfrage geht. Ist sich also das Gericht im Rahmen der Schuldfrage über die Zurechnungsunfähigkeit klar geworden, so ist diese damit noch nicht für die Frage der Unterbringung entschieden. Das Gericht hat hier vielmehr die Zurechnungsunfähigkeit erneut zu prüfen, wobei freilich in ein und demselben Rechtszug kaum verschiedene Ergebnisse auftreten

1) BGH 5, 267.

werden. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß die Voraussetzungen der Sicherungsmaßnahme völlig selbständig untersucht werden müssen. Mag dieser Trennungsstrich auch bei einem einheitlichen Urteil mitunter verwischt werden, so tritt seine Existenz doch gerade bei einer Rechtsmittelteilung deutlich zutage. Hier kommt der selbständige Charakter der Unterbringung klar zum Vorschein. Der Beschwerderichter hat die Voraussetzungen der Unterbringung selbständig zu prüfen, ohne an die entsprechenden Erörterungen bei der Schuldfrage gebunden zu sein. Der Satz des Bundesgerichtshofs (1), daß nämlich die Unterbringung trotz ihres Zusammenhangs mit der Schuldfrage trennbar sei, wird jetzt verständlich. Durch die Tatsache, daß zwei Voraussetzungen der Unterbringung gleichzeitig auch Merkmale der Schuldfrage bilden, tritt sie zu dieser in enge Beziehung. Dies bedeutet aber nicht - und das ist der entscheidende Punkt -, daß durch diese beiden Berührungsstellen eine gleichartige Beurteilung in Schuldfrage und Sicherungsfrage erfolgen muß. Der selbständige Charakter der Sicherungsmaßnahme verhindert es, daß die Merkmale der Zurechnungsunfähigkeit und der strafbedrohten Handlung durch ihre Beurteilung innerhalb der Schuldfrage auch für die Sicherungsfrage präjudiziert sind (2).

Daß über die Zurechnungsunfähigkeit bei Schuld- und Sicherungsfrage nicht unbedingt übereinstimmend entschieden werden muß, beweist noch ein weiteres Moment. Im Bereich der Schuldfrage genügt es, wenn an der Zurechnungsfähigkeit begründete Zweifel bestehen. Dies führt bereits zum Freispruch. Denn die Schuldigsprechung des Angeklagten setzt voraus, daß seine Schuldfähigkeit, seine Zurechnungsfähigkeit feststeht. Ist dies nicht der Fall, treten vielmehr wesentliche Zweifel in dieser Richtung auf, so bleibt keine andere Wahl, als den Angeklagten freizusprechen. Das bedeutet umgekehrt, daß die Zurechnungsunfähigkeit keineswegs nachgewiesen zu sein braucht. Die bloße Möglichkeit ihres Vorhandenseins genügt (3). Demgegenüber muß die Zurechnungsunfähigkeit im Rahmen der Sicherungsfrage einwandfrei feststehen. Daß der Angeklagte nur möglicherweise zurechnungsunfähig ist, reicht nicht aus (4). Während also bei der Schuldfrage allein die mögliche Zurechnungsunfähigkeit zum Freispruch genügt, muß diese bei der Unterbringung zweifelsfrei feststehen. Mit Recht weist deshalb Gallas (5) auf diese Unterscheidungskenn-

1) a. a. O.

2) so auch BayObLG in NJW 1955/353 am Anfang.

3) Ausführl. zu dieser Frage Mezger im Leipz. Komm., § 51 Anm. 3 letzter Absatz S. 329.

4) RG 70, 128; 72, 353 (355); Leipz. Komm. (Jagusch), § 42 b Anm. II 1; Schönke-Schröder, § 42 b Anm. III 2.

5) DRZ 1948/256 in seiner Anmerkung zu KG DRZ 1948/255.

zeichen hin. Daran wird deutlich, daß die Beurteilung der Zurechnungsunfähigkeit auch von der materiell-rechtlichen Seite gesehen, beide Male verschieden sein kann. Gerade diese unterschiedlichen Anforderungen, die an die Beurteilung der Zurechnungsunfähigkeit bei der Schuldfrage auf der einen und bei der Sicherungsfrage auf der anderen Seite gestellt werden, machen die Selbständigkeit der letzteren evident. Die so sichtbar gewordene Eigenständigkeit der Unterbringungsmaßnahme läßt die Annahme eines untrennbaren Zusammenhangs zwischen ihr und der Schuldfrage nicht zu. Die zwar bestehenden Berührungspunkte zwingen nicht dazu, eine auf die Sicherungsmaßregel beschränkte Anfechtung auch auf die Schuldfrage auszudehnen und damit den Freispruch in den Prüfungsbereich der Rechtsmittelinstanz einzubeziehen. Im Ergebnis war also das Reichsgericht mit seiner ersten Entscheidung (1) zu diesem Problem durchaus auf dem richtigen Wege. Nur der Begründung kann nicht beigespflichtet werden. Denn maßgebend für die Trennbarkeit der Unterbringungsfrage ist nicht so sehr - wie das Reichsgericht meint - der rein praktische Gesichtspunkt, daß bei einem Rechtsmittel des Angeklagten wegen des Verbots der Schlechterstellung ohnehin nur wieder auf Freispruch erkannt werden darf. Ausschlaggebend ist der selbständige Charakter der Unterbringung. Dieser erlaubt es, die Sicherungsfrage abzutrennen und sie zum alleinigen Gegenstand einer Beschwerde - sei es der Staatsanwaltschaft oder des Angeklagten - zu machen. Die Schuldfrage und mit ihr der Freispruch werden davon nicht berührt. Der Freispruch erwächst in Rechtskraft. Davon unabhängig kann das Rechtsmittelgericht lediglich über die Frage der Unterbringung befinden. Das gleiche gilt, wenn das Revisionsgericht ein Urteil nur hinsichtlich der Unterbringung aufhebt und an die Vorinstanz zurückverweist.

Daß damit die Gefahr einer widerspruchsvollen Behandlung der Zurechnungsunfähigkeit heraufbeschworen wird, läßt sich nicht umgehen. Noch unerfreulicher wird das Ergebnis, wenn in erster Instanz Freispruch erfolgt und dann im zweiten Rechtszug die angeordnete Unterbringung wieder aufgehoben wird, so daß der Angeklagte von jeder Unrechtsfolge verschont bleibt.

2. Die Unterbringung auf der Grundlage des § 51 Abs. 2 StGB

Beruhet die Unterbringung auf einer verminderten Zurechnungsfähigkeit, so ist die Rechtslage eine andere. Die Sicherungsmaßregel bildet hier nicht die einzige Beschwer. Ihr stehen sowohl ein Schuldspruch als auch eine Hauptstrafe gegenüber. Damit stellt sich das Problem der Abtrennung in zweifacher Richtung.

1) RG 69, 12 ff.

a) Die Abtrennung gegenüber der Schuldfrage

Dadurch, daß auf dem Verurteilten hier auch ein Schuldspruch lastet, ergeben sich für das Verbot der Schlechterstellung andere Aspekte als im Falle des § 51 Abs. 1 StGB. Es liegt hier kein Freispruch vor, der nur wieder zum Freispruch führen könnte. Dieses von der Rechtsprechung für die Trennbarkeit gebrauchte Argument fällt also weg. An die obigen Erörterungen anknüpfend kommt es sonach allein auf das Verhältnis der Unterbringungsfrage zur Schuldfrage an. Nachdem die verminderte Zurechnungsfähigkeit kein Merkmal der Schuldfrage ist, besteht zwischen Sicherungs- und Schuldfrage nur noch eine Kontaktstelle. Es muß beide Male eine mit Strafe bedrohte Handlung vorliegen. Daraus ist aber, wie oben ausführlich dargelegt, kein untrennbarer Zusammenhang zwischen beiden Entscheidungsteilen herzuleiten. Die Sicherungsfrage bewahrt auch hier - und hier erst recht - ihre Selbständigkeit. Sie tritt durch das Bestehen einer mit der Schuldfrage gemeinsamen Voraussetzung nicht in unlösbare Verbindung zu dieser. Die Prüfung der Unterbringungs Voraussetzungen knüpft nicht an die Beantwortung bestimmter zur Schuldfrage gehöriger Merkmale an. Die Trennbarkeit der Maßnahme nach § 42 b StGB ist deshalb auch im Falle des § 51 Abs. 2 StGB jedenfalls in Richtung auf die Schuldfrage gegeben. Eigentümlicherweise haben sich Praxis und Wissenschaft, soweit sie bei einer Unterbringung auf Grund von § 51 Abs. 1 StGB gegen eine Trennbarkeit sind, im vorliegenden Falle für eine solche ausgesprochen (1). Diese Unterscheidung leuchtet nicht recht ein. Warum soll die Sicherungsfrage, wenn sie auf § 51 Abs. 2 StGB beruht, mit der Schuldfrage weniger zusammenhängen als beim Vorliegen des § 51 Abs. 1 StGB? In beiden Fällen haben beide Entscheidungsteile eines oder mehrere gemeinsame Merkmale. Die unterschiedliche Behandlung läßt sich kaum erklären, auch wenn man das zeitweilig suspendierte Verbot der Schlechterstellung berücksichtigt. Leider weisen die betreffenden Quellen eine nur spärliche oder gar keine Begründung auf, so daß eine Beschäftigung mit ihnen zwangsläufig unterbleiben muß. Bleibt somit nur noch zu resümieren, daß die hier vorgetragene Trennbarkeit der Unterbringung im Falle des § 51 Abs. 2 StGB mit der herrschenden Meinung in Einklang steht.

1) RG 71, 265 (266); OLG Hamburg in JZ 1951/152 (nur Leitsatz veröffentlicht); Olshausen, § 42 b Anm. 10 S. 167; Erbs, Komm. z. StPO, § 318 Anm. VII; Schwarz, Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 B c; ders. Komm. z. StGB § 42 b Anm. 3; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 2. Abs. S. 849.

b) Die Abtrennung gegenüber der Straffrage

Zu prüfen ist jetzt weiter die Trennbarkeit der Unterbringung in Richtung auf die verhängte Strafe. Ihr Verhältnis zueinander ist das der Selbständigkeit und Unabhängigkeit. Weder ist die Unterbringung eine Folge der Strafe noch umgekehrt. Sie bedingen sich nicht gegenseitig. Ihnen ist zwar gemeinsam, daß sie beide vom Gericht als Unrechtsfolgen ein- und derselben Tat ausgesprochen werden. Insofern umgibt sie das einigende Band des gemeinsamen Urteils. Während aber die Strafe ihre Grundlage im Schuldspruch findet, beruht die Unterbringung auf eigenen selbständigen Voraussetzungen. Die verschiedenartige Zweckbestimmung beider - hie Strafübel für den Rechtsbrecher und dort vorbeugende Sicherungsmaßnahme zugunsten der Allgemeinheit - zeigt sich schon rein äußerlich. Das urteilende Gericht hat nach Behandlung der Schuld- und Straffrage völlig gesondert zu untersuchen, ob die Bedingungen für eine Unterbringung erfüllt sind. Diese vom Gesetz genau bestimmten Voraussetzungen haben mit den Strafzumessungserwägungen überhaupt nichts zu tun. Deshalb scheint es unbedenklich, Strafe und Maßregel von einander zu trennen und gesondert anzufechten. Dennoch glaubte das Reichsgericht, einer solchen Trennbarkeit widersprechen zu müssen. In einer Entscheidung (1) kam der erste Strafsenat zu dem Ergebnis, daß das auf die Unterbringung beschränkte Rechtsmittel den gesamten Strafausspruch ergreife. Er begründete dies damit, daß sowohl die Unterbringung als auch die festgesetzte Strafe unter anderem auf dem Merkmal der verminderten Zurechnungsfähigkeit beruhen; im einen Falle als Voraussetzung für die Unterbringung, im anderen Falle als Grund für eine Strafmilderung. Mit der Anfechtung der Unterbringung, die sich auf deren sämtliche Voraussetzungen erstreckt, sei demgemäß auch ein Bestandteil des Strafausspruchs berührt und der Nachprüfung unterstellt. Das Rechtsmittel müsse deshalb den gesamten Strafausspruch erfassen. - Der Gedankengang des Reichsgerichts ist zunächst richtig. Mit dem Angriff auf die Unterbringung wird in Gestalt der verminderten Zurechnungsfähigkeit ein Punkt berührt, der zugleich auch Merkmal der Strafzumessung ist. Die Folgerung, die der Senat dann daraus zieht, kann jedoch nicht gebilligt werden. Denn dieser gemeinsame Berührungspunkt bewirkt - ähnlich wie beim Verhältnis Straffrage - Schuldfrage - noch keineswegs einen untrennbaren Zusammenhang zwischen Strafe und Unterbringung. Die verminderte Zurechnungsfähigkeit bedeutet auf dem Gebiet der Strafe einen Milderungsgrund, im Bereich der Unterbringung ist sie dagegen eine unbedingt notwendige Voraussetzung zur Anordnung dieser Maßregel. Auch an dieser Verschiedenheit wird also deutlich, daß es sich bei der Strafe einerseits und bei der Unterbringung andererseits um zwei getrennte Dinge handelt,

1) RG in HRR 1938 Nr. 907; ihm folgend Olshausen, § 42 b Anm. 10 3. 167; KMR, § 318 Anm. 3 b dd (4) 2. Absatz.

nämlich um zwei voneinander unabhängige Fragenkreise innerhalb eines Urteils. Daß sich diese beiden Kreise im Punkte der verminderten Zurechnungsfähigkeit schneiden, beraubt sie nicht ihres selbständigen Charakters. Ein untrennbarer Zusammenhang wird dadurch nicht hergestellt. Die Frage der verminderten Zurechnungsfähigkeit kann bei der Unterbringung durchaus anders beantwortet werden als bei der Strafzumessung, wenngleich dies bei einer Entscheidung im selben Rechtszug kaum vorkommen wird. Wenn aber nur einer der beiden Entscheidungsteile Gegenstand eines richterlichen Erkenntnisses wird, kann sich diese Unterscheidung sofort zeigen. Darin liegt der Irrtum des Reichsgerichts. Die Möglichkeit einer getrennten Entscheidung über die verminderte Zurechnungsfähigkeit wird auch noch anderweit erkennbar. Während nämlich bei der Strafzumessung die bloße Möglichkeit des § 51 Abs. 2 StGB zur Herabsetzung der Strafe genügt, muß die verminderte Zurechnungsfähigkeit bei der Unterbringung zweifelsfrei erwiesen sein (1). Nur dann kann das Gericht die Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt verfügen (2).

Damit dürfte die Trennbarkeit der Sicherungsfrage auch gegenüber der Straffrage im engeren Sinne hinlänglich dargetan sein. Dem Beschwerdeführer ist es nicht verwehrt, die Unterbringung allein zum Inhalt seiner Appellation zu machen, mit der Wirkung, daß die verhängte Strafe ausgeklammert wird und für die höhere Instanz bindend bleibt (3). Gleiches muß im umgekehrten Falle für eine isolierte Aufhebung der Strafe unter Aussparung der Unterbringung gelten.

Trotzdem können in gewissen Fällen Bedenken gegen die Trennbarkeit der Unterbringung entstehen. Diese Fälle werden dann aktuell, wenn die Tatsache der Unterbringung den Richter bei der Ausmessung der Strafe beeinflußt hat. Obwohl zwar die Anordnung der Sicherungsmaßregel unabhängig von den sonstigen Folgen auszusprechen ist, mag es vorkommen, daß ein Gericht mit Rücksicht auf die nicht zu umgehende Unterbringung das Strafmaß niedriger ansetzt. Eine solche Verfahrensweise, die Sicherungsmaßnahme und Strafe mit einander vermengt, stellt zweifellos eine Verbindung zwischen beiden Entscheidungsteilen

1) RG 70, 127 (128).

2) Mit der hier vorgetragenen Meinung übereinstimmend BayObLG in NJW 1955/353.

3) So im Ergebnis Schwarz, Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 B c; ders. Komm. z. StGB § 42 b Anm. 3. Erbs, Komm. z. StPO § 318 Anm. VII und Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 b 2. Abs. S. 849 bejahen zwar die Abtrennung der Unterbringung im Falle des § 51 Abs. 2 StGB, lassen aber nicht erkennen, ob damit die Trennbarkeit gegenüber der Straffrage, der Schuldfrage oder beiden gemeint ist. Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 36 ist gegen eine Abtrennung schlechthin.

her. In diesen Fällen wird ein auf die Unterbringung beschränktes Rechtsmittel auch die Strafe ergreifen. Das obere Gericht kann diese Verbindung nur wieder lösen, indem es eine allein der Schuld angemessene Strafe auswirft, die nicht zugleich das als hart empfundene Sicherungsmittel berücksichtigt.

II. DIE UNTERBRINGUNG IN EINER TRINKERHEILANSTALT ODER ENTZIEHUNGSANSTALT

Diese in § 42 c StGB vorgesehene Maßregel birgt hinsichtlich ihrer Trennbarkeit keine Besonderheiten. Sie ist ihrer Natur nach stark an die Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt angeglichen. Ihre spezifischen Voraussetzungen müssen ebenso erfüllt sein und vom Gericht unabhängig geprüft werden, ehe eine solche Einweisung erfolgen darf. Daraus ergibt sich, daß sie im Hinblick auf ihre Abtrennung genau so zu behandeln ist, wie die Maßnahme nach § 42 b StGB. Da sie neben eine Strafe tritt, können die im vorigen Abschnitt unter 2) gewonnenen Ergebnisse hier übernommen werden.

Es sei insoweit auf das dort Ausgeführte verwiesen. Auf die verhältnismäßig geringe Wichtigkeit dürfte es auch zurückzuführen sein, daß die Trennbarkeit dieser Sicherungsmaßregel in Wissenschaft und Praxis bisher kaum Erwähnung gefunden hat (1).

III. DIE UNTERBRINGUNG IN EINEM ARBEITSHAUS

Ein weiteres Glied in der Kette der vom Gesetzgeber vorgesehenen Sicherungs- und Besserungsmaßnahmen ist die Unterbringung in einem Arbeitshaus gemäß § 42 d StGB. Die Anordnung dieser Maßnahme ist dem Gericht zwingend vorgeschrieben, sobald die erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind. Ein gegen diese Unterbringung gerichtetes Rechtsmittel kann daher nur ihre Zulässigkeit betreffen, niemals ihre Angemessenheit; sei es, daß der Verurteilte das Fehlen der notwendigen Voraussetzungen und damit die Unzulässigkeit behauptet, sei es, daß der Staatsanwalt diese Voraussetzungen für gegeben erachtet und deshalb die unterbliebene Verhängung rügt. Da die Einweisung in ein Arbeitshaus vom Vorliegen einer Freiheitsstrafe abhängig ist, kann sie nie als einzige Unrechtsfolge in Betracht kommen. Sie wird immer neben einer Freiheitsstrafe stehen, bleibt aber neben dieser selbständig. Ihr Zweck liegt sowohl in einer beabsichtigten Besserung des Verurteilten als auch in einer vorbeugenden Sicherung der Allge-

1) Lediglich Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 37 ist gegen eine Abtrennung,

meinheit. Man wird allerdings zugeben müssen, daß der von ihr Betroffene sie wohl meist als ein Übel, als eine Strafsanktion empfindet. Oft mehr, als die eigentlich gegen ihn verhängte Strafe. Denn nachdem diese als Haftstrafe von verhältnismäßig kurzer Dauer ist, wird den Verurteilten die meist länger währende Unterbringung härter treffen. Strafrechtlich ändert dies aber nichts an ihrer Wesensart als Sicherungs- bzw. Besserungsmaßnahme.

Mit Rücksicht darauf, daß die Unterbringung nach § 42 d StGB jeweils neben einer Strafe verhängt wird, muß die Möglichkeit ihrer gesonderten Anfechtung in doppelter Richtung geprüft werden, gegenüber der Schuldfrage und gegenüber der Strafe im engeren Sinne. Die Unterbringung in einem Arbeitshaus verlangt erstens, daß der Täter eine Übertretung nach den Vorschriften des § 361 Nr. 3-5, 6a-8 StGB (Landstreicherei, Bettel, unterstützungsbedürftiger Notstand infolge Trunk, Müßiggang usw., Gewerbsunzucht, Arbeitsscheu trotz Unterstützungs-empfang, Unterkunftslosigkeit) begangen hat und deshalb zu einer Haftstrafe verurteilt worden ist. Als Voraussetzung gilt auch die Bestrafung aus § 361 Nr. 6 StGB, doch muß die dort enthaltene öffentliche Unzucht gewohnheitsmäßig zum Erwerbe getrieben worden sein. Liegt eine Bestrafung wegen Bettelns vor, so setzt gemäß § 42 d Abs. 3 StGB die Unterbringung zusätzlich voraus, daß der Täter aus Arbeitsscheu, Liederlichkeit oder gewerbsmäßig gebettelt hat. Diese in die Vergangenheit gerichteten Voraussetzungen genügen aber noch nicht zur Einweisung in ein Arbeitshaus. Es kommt zweitens hinzu, daß diese Maßnahme erforderlich sein muß, um den Täter zur Arbeit anzuhalten und ihn an ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu gewöhnen. Erst wenn auch dieser prognostische Gesichtspunkt gegeben ist, muß das Gericht die Unterbringung aussprechen.

1. Die Abtrennung gegenüber der Schuldfrage

Setzt man die Unterbringung an Hand ihrer Voraussetzungen in Beziehung zur Schuldfrage, so werden keine inneren Zusammenhänge zwischen beiden Teilen sichtbar. Die Erfordernisse der Unterbringung sind selbständig zu prüfende Umstände. Sie haben mit den Bestandteilen der Deliktsfrage nichts zu tun. Sie berühren diese nicht einmal. Im Gegensatz zur Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt braucht hier nicht untersucht zu werden, ob der Angeklagte eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen hat, was ja auch ein Merkmal der Schuldfrage darstellt. Es genügt vielmehr die Tatsache der Verurteilung wegen bestimmter Übertretungen. Ob diese Übertretungen auch wirklich begangen sind, braucht das Gericht bei der Sicherungsfrage nach § 42 d StGB nicht mehr zu prüfen. Allerdings hat das Reichsgericht in einer Entscheidung (1) ver-

1) RG in JW 1935/524 Nr. 20.

sucht, im Falle der Einweisung wegen Bettelei einen untrennbaren Zusammenhang zwischen Schuldfrage und Unterbringung zu konstruieren. Es kommt dabei zu dem Resultat, daß das "die Anordnung der Unterbringung in einem Arbeitshaus ermöglichende Merkmal des "gewerbsmäßigen Bettelns" bei der Bettelei, ebenso wie bei anderen Delikten, z. B. der Hehlerei, einen untrennbaren Bestandteil der Schuldfrage" bilde. Das gleiche soll für die weiteren in § 42 d Abs. 3 StGB bestimmten Merkmale der Arbeitsscheu und Liederlichkeit gelten. Nach Auffassung des II. Strafsenats umfaßt daher das gegen die Unterbringung gerichtete Rechtsmittel auch die Verurteilung wegen Bettelns in ihrem ganzen Umfang. Mit Recht wendet sich der I. Strafsenat des Reichsgerichts in einer späteren Entscheidung (1) gegen diese Auffassung. Er bestreitet nicht, daß die "Gewerbsmäßigkeit" ein Merkmal der Deliktsfrage ist. Aber natürlich nur dann, wenn dieses Merkmal im Tatbestand der betreffenden Strafnorm enthalten sei. Dies treffe wohl für die Hehlerei zu (gewerbsmäßige Hehlerei nach § 260 StGB), jedoch nicht für die Bettelei. Denn es gebe keinen besonderen Tatbestand der gewerbsmäßigen Bettelei, nur das Delikt des Bettelns schlechthin nach § 361 Nr. 4 StGB. Die "Gewerbsmäßigkeit" bei der Bettelei sei (ebenso wie die Arbeitsscheu und die Liederlichkeit) nur eine zusätzliche Voraussetzung für die Unterbringung im Arbeitshaus, berühre aber den Tatbestand des Bettelns nicht.

Dieser Argumentation ist vollinhaltlich zuzustimmen. Aus der Tatsache, daß die Gewerbsmäßigkeit in einzelnen Strafgesetzen ein Tatbestandsmerkmal darstellt, folgt das frühere Urteil des Reichsgerichts, daß diese in jedem Falle ein Bestandteil der Schuldfrage sein müsse. Indem es eine Voraussetzung der Arbeitshausunterbringung als Merkmal der Schuldfrage bezeichnet, diktiert es dem Delikt der Bettelei ein Tatbestandsmerkmal zu, das dort gar nicht vorgesehen ist. Das Reichsgericht schafft somit ein Strafgesetz, das es nicht gibt und verstößt damit gegen den strafrechtlichen Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit jedes strafbaren Verhaltens. - Im Falle der Bettelei wird also durch die in § 42 d Abs. 3 StGB enthaltenen zusätzlichen Voraussetzungen für eine Unterbringung kein unlösbarer Zusammenhang zwischen Sicherungsfrage und Deliktsfrage hergestellt. Nachdem die Gewerbsmäßigkeit überhaupt kein Tatbestandsmerkmal des Bettelns ist, besteht nicht einmal ein Berührungspunkt zwischen beiden Entscheidungsteilen.

In der neuesten Rechtsprechung ist, soweit ersichtlich, bisher nur vom Oberlandesgericht Hamm (2) zu dieser Frage kurz Stellung genommen worden. Dem Reichsgericht im 72. Bande folgend, bejaht es die Selbständigkeit und damit

1) RG 72, 224.

2) NJW 1951/372 = JZ 1951/180 = JMBINRW 1951/81.

die Trennbarkeit der Maßnahme nach § 42 d StGB. Ein weiteres Moment für die Selbständigkeit der Maßregel sieht das OLG auch in der gesonderten Behandlung dieser Anordnung im Amnestierecht (§ 2 Abs. 4 StrFG). In der Rechtslehre hat das angeschnittene Problem wenig Beachtung gefunden. Die meisten Quellen begnügen sich damit, unter Hinweis auf die obergerichtliche Rechtsprechung die Trennbarkeit kommentarlos anzuerkennen (1). Lediglich Olshausen (2) nimmt eingehender Stellung. Nach Abwägung der beiden widersprechenden reichsgerichtlichen Urteile sekundiert er dem II. Strafsenat, mit der Begründung, die Gesichtspunkte der Gewerbsmäßigkeit, der Arbeitsscheu und der Liederlichkeit gehörten zu den ungeschriebenen Tatbestandsmerkmalen des Betteleidelikts. Für diese Behauptung vermag der Verfasser allerdings keinen Beweis zu erbringen. Sein Hinweis, daß das kommende Recht den Begriff des Bettelns so auffasse, kann dafür kaum genügen. De lege lata ergeben sich jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür, daß der Deliktstatbestand des Bettelns solche ungeschriebenen Merkmale enthält.

Es kann somit festgestellt werden, daß die Unterbringung in einem Arbeitshaus einen selbständigen Entscheidungsbestandteil darstellt, der in Richtung auf die Schuldfrage ohne Schwierigkeit abzutrennen und gesondert anzufechten ist.

2. Die Abtrennung gegenüber der Straffrage

Während das Schrifttum überwiegend nur von der Trennbarkeit der Unterbringungsmaßnahme schlechthin spricht und ihre Lostrennung von der verhängten Strafe nicht eigens erwähnt, will Schwarz (3) die letztere Möglichkeit offenbar nicht gelten lassen. Er meint - jedoch ohne Begründung -, daß ein Rechtsmittel gegen die Unterbringung die ganze Strafe miteinbeziehe.

Diese Ansicht überzeugt nicht. Die Einweisung in ein Arbeitshaus steht als selbständige Maßnahme neben der Strafe. Sie folgt ihren eigenen Voraussetzungen, die vom Gericht gesondert geprüft werden müssen. Bei deren Vorliegen muß der Richter auf die Maßnahme erkennen, ungeachtet der Strafhöhe. Daß die Unter-

1) Schwarz, Komm. z. StGB § 42 d Anm. 3; ders. Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 B c bb; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 a; Dalcke, § 352 StPO Anm. 1, § 42 d StGB Anm. 1.

2) § 42 d Anm. 7. - Im Ergebnis gleicher Meinung Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 38, allerdings ohne Begründung.

3) Komm. z. StGB § 42 d Anm. 3; Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 B c dd.

bringung nur unter der Voraussetzung einer verhängten Haftstrafe erfolgen kann, macht die letztere zwar zu einer Grundlage für die Sicherungsmaßnahme, stellt aber keinen untrennbaren Zusammenhang zwischen beiden her; jedenfalls nicht von der Unterbringung aus gesehen. Denn die Haftstrafe wegen bestimmter Übertretungen bildet schließlich nicht die alleinige Vorbedingung für eine Maßnahme nach § 42 d StGB. Dem Rechtsmittelgericht ist es im allgemeinen ohne Schwierigkeiten möglich, die Sicherungsfrage auf das Vorliegen ihrer Erfordernisse selbständig nachzuprüfen. Dazu bedarf es keines Eingehens auf die Höhe der Haftstrafe. Stellt beispielsweise das obere Gericht fest, daß die betreffende Übertretung fälschlich mit Geldstrafe anstatt mit Haftstrafe geahndet worden ist, so kann es hieran nichts ändern. Auf der Grundlage dieses durch die Teilanfechtung rechtskräftig gewordenen, wenn auch falschen, Strafausspruchs muß es die Unterbringung aufheben, da es an der Voraussetzung einer Haftstrafe mangelt. Dasselbe gilt, wenn das untere Gericht für eine in § 42 d StGB gar nicht vorgesehene Übertretung die Einweisung in ein Arbeitshaus angeordnet hat. Bezieht sich ein Rechtsmittel nur auf die Unterbringung, so darf das obere Gericht allein deren Voraussetzungen überprüfen. Dazu ist es imstande, ohne andere Urteile auf ihre Richtigkeit untersuchen zu müssen.

Nur eine einzige Ausnahme ist zu machen (1). Hat der Ausspruch über die Unterbringung die Strafhöhe beeinflußt, dann wird auch diese von der auf die Sicherungsmaßregel beschränkten Anfechtung erfaßt. Die Strafe ist dann nicht mehr das alleinige Ergebnis der Tatschuld, sondern sie ist mit Rücksicht auf die Unterbringung gemildert worden. Auf Einzelheiten braucht hier nicht mehr eingegangen zu werden. Sie sind weiter oben eingehend erörtert worden.

Ebenso kann umgekehrt nur die Haftstrafe das Ziel eines Rechtsmittels sein. Dies scheint auf den ersten Blick bedenklich. Vor allem deshalb, weil ja die Haftstrafe eine Voraussetzung für die Anordnung der Unterbringung bildet. Mit dem Angriff auf die Haftstrafe müßte dann eigentlich auch die Maßregel einer Nachprüfung in der Beschwerdeinstanz unterworfen sein. Eine solche Auffassung übersieht aber, daß die in § 42 d StGB aufgezählten Übertretungen gemäß § 361 StGB nur mit Haftstrafe belegt werden können. Eine alternative Geldstrafe ist nicht vorgesehen. Demzufolge kann das auf die Haftstrafe beschränkte Rechtsmittel nur wieder zu einer Haftstrafe führen, da der Schuldspruch ja ebenfalls rechtskräftig geworden ist. Die Voraussetzungen für die Unterbringung nach § 42 d StGB ändern sich also nicht. Deshalb wäre es sinnlos,

1) Worauf auch das Reichsgericht in RG 72, 224 am Ende beiläufig hinweist.

hier auch die Sicherungsmaßnahme in das Rechtsmittel einzubeziehen und dem Beschwerdegericht durch deren Neuprüfung aus formalen Gründen unnötige Arbeit aufzuerlegen.

IV. DIE SICHERUNGSVERWAHRUNG

In der Reihe der vom Gesetzgeber vorgesehenen Sicherungsmittel stellt die Sicherungsverwahrung wohl die schwerste und für den Verurteilten einschneidendste Maßnahme dar. Sie beraubt ihn über eine lange Zeitspanne hinweg, mitunter bis zu seinem Lebensende, der Freiheit und beschwert ihn währenddessen mit persönlichen Beschränkungen aller Art. Der mit dieser Unterbringung verbundene Zwang zur Arbeit läßt den Unterschied gegenüber der Zuchthausstrafe vollends zusammenschrumpfen. Daß die Sicherungsverwahrung unter diesen Umständen auf den Angeklagten wie eine Strafe, sogar eine sehr schwere Strafe, wirkt, ist leicht verständlich. Denn die im Anschluß an die Freiheitsstrafe durchgeführte Verwahrung hebt sich von jener kaum mehr als durch eine räumliche Veränderung des Vollzugsortes ab. Der Verurteilte wird deshalb wenig Verständnis dafür aufbringen, daß die beiden ihn treffenden Unrechtsfolgen nach Zweck und Ziel grundverschieden sind. Von seiner Warte gesehen, wird er nur wenig spürbare Änderungen wahrnehmen. H. Mayer (1) wendet sich denn auch gegen diesen "Etikettenschwindel" und bezeichnet die Sicherungsverwahrung als eine wahre und gerechte Strafe.

Trotzdem ist die Sicherungsverwahrung nicht nur ihrem Standort in der Legalordnung nach, sondern auch in ihrer Zweckbestimmung eine Maßregel der Sicherung und Besserung. Wobei allerdings - wenn man an die Art der Durchführung denkt - von Besserung kaum die Rede sein dürfte. In ihrer heutigen Ausgestaltung kann die Sicherungsverwahrung auch nur Sicherungsmittel sein. Da ihre Anordnung unter anderem auf einer Zukunftsprognose beruht, wäre ihre Charakterisierung als Strafübel nichts anderes, als den Täter für Delikte zu bestrafen, die er noch gar nicht begangen hat (Schutzstrafe!). Das aber ließe sich kaum mit den Grundbegriffen unseres strafrechtlichen Denkens vereinbaren, denen der Satz *nulla poena sine crimine* zu eigen ist.

Ist jedoch die Sicherungsverwahrung eine vorbeugende Maßnahme, so müßte ihre Trennbarkeit wenig Kopfzerbrechen machen. Denn ihre Selbständigkeit, die sich schon aus dem Dualismus zwischen Strafen und Maßregeln im gegenwärtigen Strafrecht ergibt, könnte für die Annahme einer möglichen Absonde-

1) S. 379/80.

nung genügen. Dennoch stößt gerade eine alleinige Anfechtung der Sicherungsverwahrung auf beträchtliche Schwierigkeiten. Dies beweist nicht zuletzt ein Blick auf die Behandlung dieser Frage in Wissenschaft und Praxis. Dort wird nach wie vor um die Klärung des Problems gerungen. Die Schwierigkeiten rühren im wesentlichen davon her, daß mit der Einführung des § 20 a StGB und der daran geknüpften Sicherungsverwahrung eine neue Richtung der Verbrechensbekämpfung ihren gesetzlichen Niederschlag im Strafrecht gefunden hat. Mit ihr wird der Gesetzesübertreter in den dafür vorgesehenen Fällen zum gefährlichen Gewohnheitsverbrecher gestempelt. Dies bedeutet, daß er nicht mehr - oder nicht nur - für das bestraft wird, was er getan hat, sondern für das, was er ist. Die Feststellung seiner persönlichen Eigenschaft als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher, dieses "Sosein", bewirkt für ihn eine Strafschärfung. Die mit der Einführung dieser Täterstrafe entstandenen Probleme haben sich nicht reibungslos in das System des bisherigen Strafrechts eingefügt und sind infolgedessen von Theorie und Praxis nicht so ohne weiteres verarbeitet worden. Obwohl sie eigentlich im Gebiet des materiellen Strafrechts liegen, haben sie - oft völlig unnötig - auch Verwirrung im prozessualen Bereich angerichtet.

Untersucht man die Maßnahme der Sicherungsverwahrung auf ihre Trennbarkeit, so ist es hier mehr als anderswo notwendig, zwischen der Abtrennung gegenüber der Schuldfrage einerseits und der Straffrage andererseits zu unterscheiden.

Die Anordnung einer Sicherungsverwahrung nach § 42 e StGB setzt bekanntlich zwei Erfordernisse voraus: Einmal muß der Täter nach § 20 a StGB als ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt sein, und zum anderen muß die öffentliche Sicherheit die Verwahrung erforderlich machen. Die Verurteilung als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher gemäß § 20 a verlangt ihrerseits, daß der Täter bereits mehrere Straftaten begangen hat und daß sich aus deren Gesamtwürdigung sein Persönlichkeitsbild als das eines gefährlichen Gewohnheitsverbrechers abzeichnet. Dann muß (§ 20 a Abs. 1) bzw. kann (§ 20 a Abs. 2) das Gericht die Strafe nach den in § 20 a enthaltenen Bestimmungen verschärfen. Soweit die nüchterne Aussage des Gesetzes. Dabei sei eines gleich vorweg bemerkt. Beide Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung können nicht voneinander getrennt werden. Da sie beide zur Verhängung dieser Maßnahme erfüllt sein müssen, stehen sie gleichwertig nebeneinander. Infolgedessen können sie auch nur einheitlich nachgeprüft werden. Ein Rechtsmittel kann auf keinen Fall gegen eine dieser Voraussetzungen angehen, mit der Folge, daß die andere nicht mehr zu überprüfen wäre. Ist danach die Sicherungsfrage Gegenstand einer Beschwerde, dann kann das obere Gericht stets beide Voraussetzungen neu beurteilen. Dies hat natürlich nichts damit zu tun, daß ein Rechtsmittelgericht sofort eine Voraussetzung als nicht vorliegend betrachtet

und dadurch zur Nachprüfung der anderen keinen Anlaß mehr sieht.

1. Die Abtrennung gegenüber der Schuldfrage

Will man die Abtrennung der Sicherungsverwahrung gegenüber der Schuldfrage erörtern, so ist das Hauptaugenmerk darauf zu richten, ob und gegebenenfalls welche Zusammenhänge zwischen diesen beiden Entscheidungsteilen bestehen. Denn das Bestehen oder Nichtbestehen irgendwelcher unlösbarer Verbindungen entscheidet letztthin über die Trennbarkeit. Indem man nun die Sicherungsverwahrung und die Schuldfrage einander gegenüberstellt, fällt sogleich eines auf: Die erste Voraussetzung der Sicherungsverwahrung, das ist die Verurteilung als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher nach § 20 a StGB, könnte unter Umständen geeignet sein, ein Ineingangreifen von Schuldfrage und Sicherungsfrage zu bewirken. Ist nämlich die dem Täter zugesprochene Eigenschaft, ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher zu sein, ein Merkmal der Schuldfrage, so wäre eine Verbindung zwischen diesen beiden Urteilstteilen nicht von vornherein abzulehnen.

a) Es wird also zunächst zu klären sein, ob die sich aus § 20 a ergebende Eigenschaft als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher der Schuldfrage oder der Straffrage zuzurechnen ist. Dabei interessiert hier nur die Zuordnung im prozessualen Sinne.

Während Reichsgericht und Bundesgerichtshof (1) und ihnen folgend ein Teil des Schrifttums (2) in § 20 a lediglich einen Strafzumessungsgrund sehen, will eine andere Meinung (3) in ihm ein Element der Schuldfrage erkennen. Vor allem Bockelmann (4) unternimmt einen eingehenden Versuch, die Zugehörigkeit des § 20 a zur Schuldfrage nachzuweisen. In diesem ganzen Meinungsstreit, der noch keineswegs ausgetragen ist, scheinen jedoch beide Parteien bis zu einem gewissen Grade aneinander vorbeizureden. Indem nämlich der Begriff der Schuld nicht präzise nach seiner materiell-rechtlichen und prozessualen Bedeutung geschieden wird, kommt es ständig zu neuen Verwicklungen und Mißverständnissen.

-
- 1) Vgl. z. B. RG 68, 385 ff. ausführlich; 72, 224; BGH in NJW 1951/893; BGH in GA 1953/152; BGH in MDR 1952/532 mitgeteilt von Dallinger; ferner OLG Freiburg in HEST 1, 242; BayObLG in NJW 1955/353.
 - 2) Vgl. Leipz. Komm. (Jagusch), § 20 a Anm. 12; Schönke-Schröder, § 20 a Anm. I; Maurach, Allg. Teil, S. 698; Welzel, 4. Aufl. S. 190; Mezger, Kurzlehrb. S. 243; KMR, § 263 Anm. 4, § 318 Anm. 3 b dd (1), § 344 Anm. 4.
 - 3) Vgl. Olshausen, § 20 a Anm. 2 c; Schwarz, Komm. z. StGB § 20 a Anm. 5 hält die h. M. für bedenklich; ebenso Löwe-Rosenberg (Geier), § 263

Das Reichsgericht deutet in seiner grundlegenden Entscheidung im 68. Bande diese Trennungslinie immerhin an, indem es von Schuld im weiteren und engeren Sinne spricht. Wenn man den Schuldbegriff in diesem weiteren, nämlich materiell-rechtlichen Sinn versteht, beinhaltet § 20 a freilich ein Schuldmerkmal. Denn die Charakterisierung als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher belastet den Betroffenen über seine Tatschuld hinaus zusätzlich mit einer Täterschuld, macht ihm also insoweit einen gesteigerten Schuldvorwurf. So gesehen spricht sich § 20 a allerdings über die Schuld des Täters aus. Dann gehören aber auch zahlreiche andere Umstände zur Schuld; und zwar nicht etwa nur die verminderte Zurechnungsfähigkeit nach § 51 Abs. 2 StGB, sondern ebenso eine Reihe von Strafzumessungserwägungen. Denn dabei beschäftigt sich der Richter genau so mit der Schuld. Und im Grunde genommen bedeutet doch die gesamte Strafzumessung nichts anderes als die Festsetzung einer schuldangemessenen Strafe. Indem sie vom Schuldspruch, d. h. vom "schuldig" an sich, ausgeht, und die Intensität dieser Schuld durch eine bestimmte Strafhöhe wiedergibt, untersucht auch sie die Schuld des Angeklagten, aber eben Schuld in diesem weiteren allgemeinen Sinne. Mit Recht zieht das Reichsgericht in RG 68, 391 daraus den Schluß, daß man auf diesem Wege zu einer Untrennbarkeit von Schuld- und Straffrage überhaupt komme. Wie weit nun § 20 a im materiell-rechtlichen Sinne zur Schuld gehört, braucht jedoch gar nicht erörtert zu werden. Hier interessiert nur die prozessuale Seite. Danach liegt aber § 20 a zweifellos im Bereich der Straffrage. Als strafscharfender Umstand befaßt er sich nur mit dem Grade der Schuld. Er ist kein selbständiger Straftatbestand und auch kein Tatbestandsmerkmal, von dessen Erfüllung oder Nichterfüllung das Schuldig oder Nichtschuldig an sich abhängt. Er baut vielmehr auf einem bereits vorhandenen Schuldspruch auf und steigert, unter bestimmten Voraussetzungen, das Maß dieser schon gegebenen Schuld. Nachdem aber die Strafzumessung die Schuld nicht mehr nach ihrem "Ob", sondern nur noch nach ihrem "Wie" behandelt, kann die Strafschärfung des § 20 a als Ausdruck des Schuldmaßes nur zur Straffrage gehören. Daran ändert auch nichts, daß die Schärfung im Urteilstenor ihren Niederschlag findet, indem der Angeklagte "als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher" abgeurteilt wird. Wenn es dort etwa heißt: "Der Angeklagte ist schuldig eines Verbrechens des und wird als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher zu verurteilt", so zeigt sich daran ebenso deutlich die Zugehörigkeit zur Straffrage. Daß der Passus "als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher" hinter

Forts.: Anm. 5 a. E.; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 263 Anm. 6; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 23 teilt zwar § 20 a weder der Schuldfrage noch der Straffrage ausdrücklich zu, erklärt aber § 20 a als von der Schuldfrage nicht untrennbar.

4) Studien zum Täterstrafrecht, 2. Teil, S. 36 ff.

dem Wörtchen "und", das Schuld- und Strafausspruch zugleich verbindet und auseinanderhält, steht, beweist dies einwandfrei. Ebenso wenig ist § 20 a einer von jenen Umständen, die sich zwar mit dem Grade der Schuld befassen, aber zum Tatbestandsmerkmal erhoben sind und damit als strafbegründend zur Schuldfrage zählen, wie etwa die "Rücksichtslosigkeit" in § 315 a Ziff. 4 StGB.

Gegen die hier vorgetragene Ansicht spricht auch nicht, daß es Fälle gibt, in denen die Strafschärfung nach § 20 a unterbleibt, obwohl das Urteil den Täter zum gefährlichen Gewohnheitsverbrecher stempelt. Das mag dann vorkommen, wenn das Gericht gemäß § 20 a Abs. 2 zwar die Eigenschaft als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher bejaht, aber von der fakultativen Möglichkeit einer Strafschärfung keinen Gebrauch macht; und weiter dann, wenn bei Anwendung des § 20 a Abs. 1 die dort zwingend vorgeschriebene Schärfung irrtümlich unterblieben ist. Beidesmal steht dann der Hinweis auf die Charakterisierung als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher allein. Trotzdem zwingt das nicht, diesen Ausspruch zur Schuldfrage zu rechnen. Auch hier enthält er lediglich einen Ausdruck des Schuldgrades. Wenn auch nicht im Sinne von Tatschuld, sondern von Täterschuld. Jedenfalls bedeutet es einen gesteigerten Schuldvorwurf. - Wenn demgegenüber auf die Vorschrift des § 263 Abs. 2 StPO verwiesen wird, so bringt auch dies die hier verfolgte Auffassung nicht zu Fall. Nach § 263 Abs. 2 StPO werden zwar vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände, welche die Strafbarkeit erhöhen, der Schuldfrage zugeteilt. Ein solcher strafferhöhender Umstand ist zweifellos § 20 a. Damit scheint allerdings die Zugehörigkeit des § 20 a durch das Gesetz selbst entschieden zu sein. Es darf aber jetzt an das oben auf Seite 80 in anderem Zusammenhang Ausgeführte erinnert werden. Bereits dort wurde dargelegt, daß die Vorschrift des § 263 Abs. 2 StPO nicht in einem umfassenden Sinn zu verstehen ist, wonach alle vom Strafgesetz besonders vorgesehenen Umstände ausnahmslos der Schuldfrage zufallen. Vielmehr muß mit dem Reichsgericht (1) - jedenfalls, soweit es um die Trennbarkeit geht - differenziert werden. Liegen danach die vom Gesetz besonders vorgesehenen Umstände in Merkmalen der Tat selbst begründet, so ist ihre Abtrennung nicht möglich; handelt es sich dagegen um Umstände, die äußerlich zur Tat hinzutreten oder in besonderen Eigenschaften oder Verhältnissen des Täters begründet sind, so ist eine Absonderung zulässig und wirksam. Gegen diese Ansicht können keine Bedenken erhoben werden. Auch vom Schrifttum ist dem - soweit ersichtlich - nicht widersprochen worden. In der Tat leuchtet die Auffassung des Reichsgerichts durchaus ein. Werden von außen bestimmte Umstände an den Straftatbestand herangetragen - nicht in ihn hineingetragen - , ohne seine tatbestandliche

1) RG 69, 114.

Schuld zu berühren, so kann davon auch die Schuldfrage nicht betroffen sein. Es kann sich dann nur um eine graduelle Veränderung einer durch die Erfüllung des Tatbestandes bereits feststehenden Schuld handeln. Solches aber darf sich nur auf dem Gebiet der Straffrage, in dem es um den Schuldgrad geht, auswirken. Von diesem Grundsatz des Reichsgerichts ausgehend, wohnt dem § 20 a nur ein äußerlich zu der Tat hinzutretender Umstand inne. Dies führt dazu, den § 20 a in die Reihe der Strafzumessungselemente einzugliedern.

b) Erkennt man sonach § 20 a im prozessualen Sinne als Bestandteil der Straffrage an, so entfällt damit die einzige Möglichkeit eines Zusammenhangs zwischen Schuldfrage und Sicherungsverwahrung. Der Weg für eine Abtrennung der Sicherungsverwahrung gegenüber der Schuldfrage ist frei. Dieses Ergebnis darf wohl als gesicherte Erkenntnis in Praxis und Wissenschaft gelten (1). Wenn Kohlrausch-Lange (2) dagegenhalten, daß ein Angriff auf die Sicherungsverwahrung auch die Schuldfrage mit einbeziehe, sofern der Beschwerdeführer das Vorliegen des § 20 a rügt, so trifft dies nicht zu. Einmal kann die Trennbarkeit der Sicherungsverwahrung nicht davon abhängen, welche der beiden Voraussetzungen der Rechtsmittelführer als nicht gegeben erachtet. Eine Teilung dieser beiden Erfordernisse des § 42 e gibt es nicht, wie schon erwähnt. Sie stehen gleichberechtigt nebeneinander. Eine Beschränkung dahingehend, daß das höhere Gericht nur die eine nachprüfen soll, ist nicht möglich. Man kann die Trennung der Sicherungsverwahrung gegenüber der Schuldfrage nur ganz oder gar nicht wollen. Zum anderen scheitert diese Auffassung daran, daß § 20 a nicht auf dem Gebiete der Schuldfrage liegt. Doch das ist eben die entscheidende Vorfrage, aus der sich das weitere entwickelt. Soweit Kohlrausch-Lange hier für eine Zugehörigkeit zur Schuldfrage plädieren, müssen sie allerdings konsequenterweise auch zu einer Verneinung der Abtrennung kommen.

2. Die Abtrennung gegenüber der Straffrage

a) Ob die Sicherungsverwahrung in Richtung auf die Straffrage abgetrennt und gesondert angefochten werden kann, läßt sich nicht in wenigen Sätzen entscheiden. Obwohl die Selbständigkeit, mit der Strafen und Sicherungsmaßnahmen nebeneinander herlaufen, auf eine mögliche Abtrennung hindeuten scheint, erweist sich dies bei näherer Betrachtung als nicht so ohne weiteres durchführbar.

1) Vgl. RG 68, 385 (388 ff.); 70, 127 (128); 73, 81; BGH 1, 314 (ohne Begründung); OLG Freiburg in HEST 1, 242; Olshausen, § 42 e Anm. 7; Dalcke, § 42 e StGB Anm. 1; Hennke in GA 1956/44, 45.

2) § 20 a Abs. III.

Das liegt vor allem daran, daß die Sicherungsverwahrung in hohem Maße auf der Bestimmung des § 20 a aufbaut. Die Erzielung eines haltbaren Resultats zwingt daher zu einer eingehenderen Erörterung des ganzen Problems. Dazu ist es notwendig, erst einmal einen Blick auf den Stand der Meinungen in Rechtsprechung und Rechtslehre zu werfen.

b) In seiner ersten und zugleich ausführlichsten Entscheidung zu dieser Frage kommt das Reichsgericht im 68. Bande Seite 385 ff. zu dem Ergebnis, daß eine Abtrennung der Sicherungsverwahrung gegenüber der Straffrage dann nicht möglich ist, wenn die Strafe nach § 20 a geschärft worden ist. Der urteilende V. Strafsenat begründet dies damit, daß in diesen Fällen ein untrennbarer Zusammenhang zwischen der Straffrage und der Sicherungsfrage bestehe. Er sieht diesen Zusammenhang einmal darin, daß das erste Erfordernis des § 42 e, nämlich die Verurteilung als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher nach § 20 a, zugleich auch die Straffrage berühre, als deren Teil § 20 a zu betrachten sei. Der Berührungspunkt ergebe sich daraus, so meint der Senat, daß die Verurteilung nach § 20 a nicht lediglich eine formale Voraussetzung für die Sicherungsverwahrung darstelle, sondern daß zur Anordnung nach § 42 e "die Eigenschaft als eines gefährlichen Gewohnheitsverbrechers in der in § 20 a bestimmten Weise rechtlich einwandfrei dargetan" sein müsse. Zum anderen erblickt das Reichsgericht diesen untrennbaren Zusammenhang in der Zusammengehörigkeit der beiden Voraussetzungen des § 42 e. Zwischen diesen bestehe nämlich ihrerseits wiederum eine enge Verbindung. Und zwar deshalb, weil es bei beiden um eine zukünftige, von dem Täter ausgehende Gefahr ankomme. Bei der ersten Voraussetzung entspringe dies über § 20 a aus dem dortigen Merkmal der "Gefährlichkeit", bei der zweiten Voraussetzung aus der ebenfalls in die Zukunft gerichteten "Erforderlichkeit" der Maßnahme. Das beiden innewohnende in die Zukunft weisende Moment könne nur einheitlich beurteilt werden. Wenn also die Gefährlichkeit eines Täters schon nach § 20 a nicht oder nicht einwandfrei festgestellt sei, könne seine Unschädlichmachung über § 42 e schon nach den Denkgesetzen nicht für die öffentliche Sicherheit erforderlich sein. - Diese Auffassung wurde in weiteren Entscheidungen (1) mit im wesentlichen gleicher Begründung beibehalten und auch in neuester Zeit (2) noch für richtig befunden.

1) Z. B. RG 70, 127; 71, 178 (179); RG in JW1936/3458 Nr. 17 = DJ 1937/80 = HRR 1937 Nr. 484; RG in DJ 1938/1995 = JW 1938/2889.

2) Z. B. OLGe Freiburg in HEst 1, 242; Celle in SJZ 1950/510; Koblenz in HEst 3, 75 = DRZ 1950/22; BayObLG in NJW 1955/353.

Unter grundsätzlicher Billigung dieser Ansicht will aber der I. Strafsenat des Reichsgerichts (1) hiervon eine Ausnahme zulassen: Nämlich dann, wenn die in § 20 a Abs. 1 zwingend vorgeschriebene Strafschärfung irrtümlich unterblieben ist. In solchen Fällen soll nach Meinung des erkennenden Senats eine Abtrennung der Sicherungsverwahrung möglich sein.

Schließlich hat der Bundesgerichtshof in einer jüngsten Entscheidung (2) die Trennbarkeit trotz möglicher Strafschärfung aus § 20 a bejaht. Seiner Ansicht nach hängt die Sicherungsverwahrung nicht immer untrennbar mit der Straffrage zusammen. Dies ergebe sich schon aus der grundsätzlichen Selbständigkeit von Maßregeln der Sicherung und Besserung. Dabei räumt der IV. Strafsenat aber ein, daß es jeweils auf den Einzelfall ankomme.

Die Rechtslehre hat zu diesem Problem bisher wenig eigenes beigetragen. Sie beschränkt sich überwiegend darauf, die in der Judikatur entschiedenen Fälle anzuführen und ihnen ohne selbständige Begründung beizutreten oder sie abzulehnen (3). Die nachfolgenden Untersuchungen werden sich daher in erster Linie mit der Praxis auseinanderzusetzen haben. Neuestens hat nun Henneke (4) in einer eingehenden Abhandlung den Versuch unternommen, einen untrennbaren Zusammenhang zwischen Straffrage und Sicherungsfrage auf bisher unbeschränkten Wegen aufzuspüren. Davon wird später noch die Rede sein.

1) in JW 1936/3458 Nr. 17 = DJ 1937/80 = HRR 1937 Nr. 484.

2) NGH 7, 101 = NJW 1955/640 = JZ 1955/384 = L.-M. Nr. 6 zu § 42 e StGB, mit zustimmender Anmerkung von Krumme in L.-M. Nr. 6 zu § 42 e und von Würtenberger in JZ 1955/385 (386); die von Gage-Sarstedt, S. 48/49 erwähnten unveröffentlichten BGH-Entscheidungen können nicht verwertet werden, da sie weder im Tenor noch in den Gründen bekannt sind. - Im gleichen Sinne übrigens auch schon OLG Koblenz in HEST 3, 75 = DRZ 1950/22.

3) vgl. Olshausen, § 42 e Anm. 7; Leipz. Komm. (Jagusch), § 42 e Anm. V; Kohlrausch-Lange, § 20 a Anm. III; Erbs, Komm. z. StPO § 318 Anm. VII; Schwarz, Komm. z. StGB § 20 a Anm. 5, § 42 e Anm. 5; KMR, § 318 Anm. 3 b dd (4), § 344 Anm. 5; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 b 2. Abs. und d; Dalcke, § 352 StPO Anm. 1, § 42 e StGB Anm. 1; Gage-Sarstedt, Revision S. 48/49. - Neuerdings nimmt Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 39 mit Entschiedenheit gegen jede Trennbarkeit zwischen Sicherungsverwahrung und Strafzumessung Stellung.

4) in GA 1956/41 ff.

c) Prüft man die Trennbarkeit der Sicherungsverwahrung eingehender, so ist von allem Anfang an eine gewisse Gruppe von Fällen auszuschneiden, bei denen die Unmöglichkeit der Trennung auf der Hand liegt. Sie können dahingehend zusammengefaßt werden, daß bei ihnen Strafe und Sicherungsmaßregel unter gegenseitiger Einflußnahme festgesetzt worden sind (1). Das wird dann zutreffen, wenn zum Beispiel das Gericht bei Ausmessung der Strafe schon auf die als sicher geltende Anordnung der Sicherungsverwahrung Rücksicht genommen und die Strafhöhe dementsprechend niedriger angesetzt hat. Oder wenn umgekehrt der Richter von einer an sich zu erwartenden Sicherungsverwahrung abgesehen und dafür die Strafe höher bemessen hat. Wendet sich der Verurteilte gegen den Ausspruch der Sicherungsverwahrung oder umgekehrt der Staatsanwalt gegen deren Nichtverhängung, dann wird regelmäßig auch die Strafe von diesem Rechtsmittel erfaßt. Dieser Gedankengang findet sich in verschiedenen höchstrichterlichen Entscheidungen wieder (2). Ob eine solche gegenseitige Berücksichtigung zulässig ist, bedarf hier nicht der Erörterung. Jedenfalls schafft es eine unlösbare Verbindung, wenn das Gericht bei Festsetzung der Strafe schon vorweg seine spätere Stellungnahme zur Frage der Sicherungsverwahrung einkalkuliert. Das allein auf die Sicherungsverwahrung abzielende Rechtsmittel muß in diesen Fällen auch die Strafe ergreifen,

d) Nicht ganz ohne Schwierigkeiten sind aber die Fälle zu beurteilen, in denen eine derartige Verbindung zwischen Straffrage und Sicherungsfrage nicht besteht, bei denen der Richter also völlig getrennt zuerst über die Strafe und dann über die Sicherungsverwahrung entschieden hat. Hier liegt das zentrale Abtrennungsproblem bei der Sicherungsverwahrung. Die Lösung dieser Frage hängt ausschließlich davon ab, ob bzw. welche Verbindungslinien von den Voraussetzungen der Sicherungsverfahren zur Straffrage laufen.

Zunächst sei der Blick auf die erste Voraussetzung in § 42 e gelenkt. Dort heißt es: "Wird jemand nach § 20 a StGB als ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt, so". Dabei fällt sogleich auf, daß der Gesetzestext nicht "wird bestraft", sondern "wird verurteilt" lautet. Dem muß entnommen werden, daß die Sicherungsverwahrung nicht etwa eine Strafschärfung nach § 20 a verlangt. Sie begnügt sich vielmehr damit, den Täter als einen gefährlichen Gewohnheitsverbrecher abgestempelt zu sehen. Dies bedeutet, daß es für die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht darauf ankommt, ob die

1) Einen Fall dieser Art beschreibt Dallinger in MDR 1954/149.

2) RG 73, 81 = DJ 1939/270; BGH 7, 101 a.E.; OLG Koblenz in HEST 3, 75; in dieser Richtung auch Olshausen, § 42 e Anm. 7; Leipz. Komm. (Jagus ch), § 42 e Anm. V; Schwarz, Komm. z. StGB § 20 a Anm. 5; KMR, § 318 Anm. 3 b dd (4); Löwe-Rosenberg (Jagus ch), § 244 Anm. 4 d.

Strafschärfung nach § 20 a wirklich erfolgt ist (1). Aus diesem Wortlaut ergibt sich aber noch ein weiteres entscheidendes Merkmal. Interpretiert man nämlich diesen Passus wörtlich - und alle Auslegung fängt beim Worte an (2) -, so kann dieses Erfordernis des § 42 e nur formal verstanden werden. Das heißt, im Rahmen der Sicherungsfrage hat das Gericht nur zu prüfen, ob eine Verurteilung als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher vorliegt. Dagegen hat es nicht zu untersuchen, ob der Täter in Wahrheit ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist.

§ 42 e verpflichtet das Gericht nicht, die Erfordernisse des § 20 a abermals, aber nunmehr mit Bezug auf die Sicherungsverwahrung aufzurollen und festzustellen. Der klare Wortlaut des § 42 e spricht gegen eine solche Annahme. Es heißt dort nicht: "Ist jemand ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher", sondern "wird jemand nach § 20 a als ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt". Bei wörtlicher Auslegung kann das nur so aufgefaßt werden, daß das Gericht im Rahmen der Sicherungsfrage lediglich die Tatsache zu prüfen hat, ob formal eine Verurteilung als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher vorliegt (3).

Das Reichsgericht ist in seiner grundlegenden Entscheidung (4) zu diesem Problem gegenteiliger Meinung. Der erkennende V. Strafsenat mißt diesem ersten Erfordernis in § 42 e eine sachliche Natur bei, "und zwar in demselben Umfang, wie es sein Inhalt im Rahmen des § 20 a ist". Nach dem wahren Sinn jenes ersten Erfordernisses soll die Sicherungsverwahrung nur dann angeordnet werden können, wenn die Eigenschaft als eines gefährlichen Gewohnheitsverbrechers in der in § 20 a bestimmten Weise rechtlich einwandfrei dargetan worden sei. Der Senat begründet dies damit, daß für die Sicherungsverwahrung die Strafe nicht gemäß § 20 a geschärft sein müsse. Es genüge, daß die Grundlagen für eine solche Verschärfung nachgewiesen seien, daß also der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher sei. Das ist, wie schon oben betont, zweifellos richtig. Daraus läßt sich aber keinesfalls der Schluß ziehen, daß auch bei der Sicherungsfrage diese Grundlagen für eine Strafschärfung nach § 20 a abermals festgestellt und als vorliegend erachtet werden müssen. Für eine derartige Auslegung gibt der Gesetzeswortlaut nicht den mindesten Hinweis.

1) Vgl. ausführlich dazu Hennke in GA 1956/45, 46 Z. 2.

2) BGH 3, 259 (262).

3) Vgl. dazu die ausgezeichneten Bemerkungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in NJW 1955/354 unter ee), in denen die Nachprüfung von Voraussetzungen der Sicherungsmaßnahmen eingehend besprochen wird.

4) RG 68, 385. - Ebenso Gerland, Sicherungsverwahrung, S. 9: "Die Voraussetzungen des § 20 a StGB sind auch Voraussetzungen nach § 42 e StGB", weiter S. 13.

Zum weiteren beruft sich das Reichsgericht auf den engen inneren Zusammenhang zwischen den beiden Voraussetzungen des § 42 e. Auch das ist richtig. Jene zweite Voraussetzung des § 42 e zwingt das Gericht zur Anordnung der Sicherungsverwahrung, "wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert". In diesem Erfordernis liegt ein prognostisches Moment. Es muß zu erwarten sein, daß der Täter rückfällig wird und neue Rechtsbrüche begeht. Damit wird durch diese zweite Voraussetzung unter anderem auf die zukünftige Gefährlichkeit des Täters abgestellt. Vergleicht man daneben die Voraussetzungen des § 20 a, so taucht auch dort dieses Moment der Gefährlichkeit auf. Denn die Gesamtwürdigung seiner Taten muß ergeben, daß er ein "gefährlicher" Gewohnheitsverbrecher ist. Der Begriff "gefährlich" weist aber in die Zukunft. Wohl muß die "Gefährlichkeit" in § 20 a auch aus retrospektiven Gesichtspunkten ermittelt werden; nämlich an Hand der Gesamtwürdigung der begangenen Taten und des gesamten bisher zum Ausdruck gekommenen Persönlichkeitsbildes. Aber daneben birgt der Begriff "gefährlich" den knotwendig ein vorausschauendes Element. Damit rückt das Moment der Gefährlichkeit zweifach in den Mittelpunkt: einmal über den "gefährlichen" Gewohnheitsverbrecher in § 20 a, zum anderen über das Merkmal der "Erforderlichkeit" in § 42 e. Indem nun das Reichsgericht die einzelnen Erfordernisse des § 20 a auch zu solchen der Sicherungsverwahrung macht, hebt es sie gleichsam in den § 42 e hinein. Und indem das Reichsgericht weiter - übrigens richtig - den engen inneren Zusammenhang der beiden Voraussetzungen des § 42 e herausstellt, kommt es zu einem für das Gericht bedeutsamen Resultat: Auf diesem Wege stellt es nämlich einen Kontakt zwischen den beiden Merkmalen "Gefährlichkeit" her. Und - das ist die Schlußfolgerung des Senats - diese Gefährlichkeit des Täters nach § 20 a sowie die für die Allgemeinheit erforderliche Gefahr nach § 42 e sollen nur einheitlich beurteilt werden können. Daraus ergebe sich der untrennbare Zusammenhang zwischen Straffrage und Sicherungsverwahrung.

So bestechend diese Argumentation klingt, so wenig kann ihr zugestimmt werden. Zunächst übersieht sie, daß diese beiden Merkmale der Gefährlichkeit zu verschiedenen Zeitpunkten erfüllt sein müssen. Nämlich im Falle der Verurteilung aus § 20 a zur Zeit der Entscheidung; im Falle der Sicherungsverwahrung am Ende der Strafverbüßung. Das ist ein wesentlicher Unterschied, der allein schon auf die Verschiedenheit von Strafe und Sicherungsmaßregel hinweist. Sie übersieht ferner, daß es teleologisch um verschiedene Dinge geht: bei der Gefährlichkeit im Rahmen des § 20 a um Strafe, also um Vergeltung und Sühne; bei der Gefährlichkeit im Bereich des § 42 e um Sicherung der Allgemeinheit. Wenn auch beidesmal ein prognostisches Moment darin steckt (bei der Sicherung mehr als bei der Strafe), so zwingt dies noch nicht zu einheitlicher Beurteilung (1). Anders wäre es freilich, wenn nur die Strafe unter Auslassung der Sicherungsverwahrung

1) Vgl. Hennke in GA 1956/45, 46 Ziff. 2 und 3.

angegriffen würde. Dann könnte man folgern: Wenn die Gefährlichkeit schon für die Strafe als dem früher maßgebenden Zeitpunkt nicht gegeben ist, dann scheidet sie erst recht für die Sicherung aus, bei der es auf einen späteren Zeitpunkt ankommt.

Außerdem hat die Auffassung des Reichsgerichts ihren Ursprung eben in einer falschen Ausgangsstellung. Sie liegt darin, daß das Reichsgericht die erste Voraussetzung des § 42 e nicht als eine formale betrachtet, sondern über diese zur Nachprüfung aller Voraussetzungen des § 20 a auch im Rahmen der Sicherungsverwahrung kommt. Dem kann der hier eingenommene Standpunkt nicht beitreten. Beschränkt also beispielsweise der Verurteilte seine Berufung ohne Begründung - wozu er nicht verpflichtet ist - auf die angeordnete Sicherungsverwahrung, so steht jedenfalls die erste Voraussetzung des § 42 e einer solchen Abtrennung nicht entgegen. Das Berufungsgericht darf dann nur untersuchen, ob der Beschwerdeführer als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt worden ist. Diese Prüfung kann ohne Schwierigkeiten durchgeführt werden. Dem Berufungsgericht bleibt es aber versagt, nachzuprüfen, ob der Verurteilte tatsächlich ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist, ob auf ihn die Voraussetzungen des § 20 a auch zutreffen (1). Nun wird aber ein nicht unerheblicher Teil der gegen die Sicherungsverwahrung vorgetragenen Rechtsmittel darauf gegründet, daß der Verurteilte behauptet, gar kein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher zu sein. An dieser Stelle tritt ein entscheidender Gesichtspunkt zutage. Ein derart begründetes Rechtsmittel wendet sich nämlich nicht allein gegen die Sicherungsverwahrung, mag auch der Rechtsmittelantrag in diese Richtung gehen. Es greift vielmehr die Straffrage selbst an. Indem es eine Voraussetzung des § 20 a, eben die Charakterisierung als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher, leugnet, richtet es sich gegen § 20 a und damit gegen die Straffrage (2). Auf diesem Wege rückt das Problem in ein gänzlich neues Licht. Es ist nicht mehr ein Problem des untrennbaren Zusammenhangs, sondern ein Problem der Würdigung des Rechtsmittelvorbringens. Das Ergebnis ist in beiden Fällen gleich. Beide Male wird die Strafe in das Rechtsmittel einbezogen. Der Unterschied liegt nur auf dem Wege dorthin. Während das Reichsgericht mittels eines untrennbaren Zusammenhangs zur Nachprüfung der Strafe gelangt, führt nach der hier vorgetragenen Meinung eine richtige Rechtsmittelauslegung zur Neuprüfung der Straffrage. Das ist der entscheidende Punkt. Denn zur Anordnung der Sicherungsverwahrung bedarf es nicht einer nochmaligen Erörterung der Voraussetzungen des § 20 a. Bekämpft der Beschwerdeführer dennoch eines dieser Erfordernisse, indem er die ihm zudiktierte Eigenschaft als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher leugnet, dann - aber nur dann -

1) Hennke, a. a. O., S. 44-46 Ziff. 1 und 2.

2) So auch Hennke, a. a. O.

rügt er eben in Wirklichkeit nicht nur die Sicherungsverwahrung, sondern auch § 20 a. Das mag in der Praxis nicht immer leicht zu klären sein. Besonders dann nicht, wenn der Anfechtende erklärt, er wolle einerseits die Strafe antreten, aber andererseits gegen die Sicherungsverwahrung vorgehen, weil er kein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher sei. Das Beschwerdegericht wird in solchen Fällen nicht umhin können, durch Rückfrage beim Beschwerdeführer und durch Darlegung der prozessualen Situation eine zweifelsfreie Ausdehnung des Rechtsmittels herbeizuführen.

Nur auf diese Weise ist - jedenfalls nach dem hier eingenommenen Standpunkt - eine Nachprüfung des Strafausspruchs zu begreifen, ohne daß die an sich gegebene Trennbarkeit der Sicherungsverwahrung angetastet wird. Was also nach Ansicht des Reichsgerichts eine Frage des untrennbaren Zusammenhangs ist, erweist sich bei genauer Betrachtung als Frage der Rechtsmittelauslegung. Dabei ist es zunächst ohne Belang, ob die Strafe aus § 20 a geschärft worden ist oder nicht. Das Beschwerdevorbringen des Verurteilten, er sei kein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher, erstreckt sich auch dann auf die Strafe, wenn diese nicht nach § 20 a erhöht worden ist. Denn schon der Ausspruch über die gefährliche Gewohnheitsverbrechereigenschaft ist, wie oben dargelegt, ein Merkmal der Strafzumessung. Freilich wird es sich meistens um Fälle handeln, in denen die Strafe mit Rücksicht auf § 20 a höher bemessen worden ist. Greift dagegen der Appellant die Sicherungsverwahrung nicht mit dieser Begründung an, so kann sich sein Rechtsmittel nicht auf die Straffrage erstrecken.

Übrigens kann auch nur so die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung gemachte Unterscheidung in der Trennbarkeit erklärt werden. Danach ist bekanntlich eine Beschränkung auf die Sicherungsverwahrung dann nicht möglich, wenn die Strafe dem § 20 a entnommen worden ist; während eine Trennung durchführbar sein soll, sobald die Strafschärfung unterblieben ist (1). Wenn man daneben den Grundsatz betrachtet, daß für die Anordnung der Sicherungsverwahrung eine tatsächlich vorgenommene Strafschärfung nach § 20 a nicht erforderlich ist, so wäre die oben genannte Differenzierung schwer verständlich. Denn wenn es einerseits für die Sicherungsverwahrung nicht auf die tatsächliche Strafschärfung aus § 20 a ankommen kann, wäre es nicht zu verstehen, warum andererseits gerade diese Schärfung das ausschlaggebende Moment für die Trennbarkeit der Sicherungsverwahrung abgeben soll. Das wäre widerspruchsvoll. Die Lösung ist nur darin zu finden, daß sich auch das Reichsgericht in Gedankengängen, ähnlich den hier vorgetragenen, bewegt hat, die ihm je nach Lage des Falles auch eine Überprüfung der Strafe als angezeigt erscheinen ließen. Daß es die Trennbarkeit dabei von der Strafschärfung nach § 20 a abhängig machte, geht freilich fehl.

1) RG in JW 1936/3458 Nr. 17 = DJ 1937/80 = HRR 1937 Nr. 484.

Denn maßgebend ist allein das Beschwerdevorbringen. Immerhin beweist dies, daß auch das Reichsgericht auf § 20 a abstellen wollte, nur eben von einer anderen Richtung aus.

Und so läßt es sich weiterhin erklären, wenn der Bundesgerichtshof (1) bei der Trennbarkeit auf die Besonderheit des einzelnen Falles abhebt. Indem er dabei den Fall herausstellt, daß ein Verurteilter aus eigener Erkenntnis oder nach Rücksprache mit seinem Verteidiger die Strafe antreten will und nur die Anordnung der Sicherungsverwahrung bekämpft, so besagt dies im Grunde genommen nichts anderes, als daß er wirklich und unzweifelhaft sein Rechtsmittel auf die Sicherungsverwahrung beschränkt. Sein Rechtsmittelvorbringen enthält dann nicht einen verkappten Angriff auf die Strafe, der in die Behauptung gekleidet ist, er sei kein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher.

Als erstes Ergebnis läßt sich jetzt vorweisen, daß zwischen der ersten Voraussetzung des § 42 e und dem § 20 a keine so engen Zusammenhänge bestehen, die eine Abtrennung der Sicherungsverwahrung unmöglich machen und das Rechtsmittel zwangsläufig auf die Straffrage ausdehnen; es sei denn, die Beschwerde wendet sich gegen das Merkmal "gefährlicher Gewohnheitsverbrecher". Das wäre dann aber keine Frage des unlösbaren Zusammenhangs, sondern der richtigen Beurteilung des Rechtsmittelvorbringens.

An zweiter Stelle gilt es nun zu untersuchen, ob zwischen der zweiten Voraussetzung des § 42 e und der Straffrage, das heißt und dem § 20 a, eine untrennbare Verbindung besteht. § 42 e läßt die Anordnung der Sicherungsverwahrung im weiteren nur zu, "wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert". Das bedeutet, daß der Täter wahrscheinlich wieder rückfällig werden und neue Rechtsbrüche begehen wird, durch welche die öffentliche Sicherheit bedroht ist. Der Täter muß also eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellen. Die Prüfung dieser Gefährlichkeit verlangt vom Gericht eine Vorschau. Nun können aber Zukunftsprognosen nur mit einem mehr oder weniger großen Gehalt an Wahrscheinlichkeit ausgestattet sein. Eine hundertprozentige Gewißheit läßt sich niemals erzielen. Das Gericht hat deshalb danach zu trachten, in diesem Gesichtspunkte einen möglichst hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für die zukünftige Gefährlichkeit festzustellen. Als maßgebender Zeitpunkt für die Annahme einer solchen Gefahr gegenüber der Allgemeinheit gilt das Ende der Strafverbüßung. Wenn die öffentliche Sicherheit in diesem Zeitpunkt eine Sicherungsverwahrung erfordert,

1) in BGH 7, 101 = NJW 1955/640 = JZ 1955/384 = L.-M. Nr. 6 zu § 42 e StGB.

muß diese angeordnet werden. Da aber das Gericht die Entscheidung über die Sicherungsverwahrung schon im Augenblick der Urteilsfällung zu treffen hat, wird von ihm eine doppelte Prognose verlangt. Es hat einmal zu prüfen, ob der Angeklagte in Zukunft für die Allgemeinheit gefährlich ist, und es hat diese Gefährlichkeit für einen ebenfalls in der Zukunft liegenden Zeitpunkt festzustellen. Daran erweist sich klar der Unterschied zu § 20 a. Für § 20 a, also für die Straffrage, muß das Merkmal "gefährlicher Gewohnheitsverbrecher" im Augenblick der Aburteilung vorliegen. Der Täter muß jetzt, im Zeitpunkt der Verurteilung, gefährlich sein. Für die Sicherungsverwahrung muß erspäter, je nach dem Ende der Strafverbüßung in vielleicht fünf oder zehn Jahren, gefährlich sein. Daraus erhellt, wie schon oben erwähnt, daß beide Begriffe der "Gefährlichkeit" verschieden zu behandeln sind. Der Bundesgerichtshof (1) weist ausdrücklich darauf hin, daß die Gefährlichkeit als Gewohnheitsverbrecher nach § 20 a, also zur Zeit der Tat, keine Vermutung für eine solche am Ende der Strafverbüßung in Richtung auf die Sicherungsverwahrung begründe. Die beiden Begriffe "Gefährlichkeit" verfolgen nicht nur verschiedene Zwecke - hier Strafschärfung, dort Sicherung -, sondern stellen auch auf verschiedene Zeitpunkte ab. Außerdem fällt die Erforderlichkeit der Sicherungsverwahrung weg, wenn, wie der schon zitierte verdienstvolle Aufsatz von Hennke (2) mit Recht darlegt, drei Umstände vorliegen: und zwar a) die Besserung des Täters durch Strafverbüßung, b) Rückkehr nach der Strafverbüßung in eine Umwelt, die ihn von zukünftigen Straftaten abhält, c) ausreichender Schutz der Allgemeinheit durch andere Maßregeln. Trifft einer dieser drei Umstände zu, so ist die Sicherungsverwahrung nicht mehr "erforderlich". Legt man diese in groben Umrissen gezeichneten Grundsätze zugrunde, so wird zwischen dem zweiten Erfordernis der Sicherungsverwahrung und § 20 a keine Verbindung sichtbar. Das Rechtsmittelgericht vermag die Erforderlichkeit der Sicherungsverwahrung nachzuprüfen, ohne auf die Straffrage eingehen zu müssen.

In seiner bereits genannten Abhandlung unternimmt Hennke dennoch den Versuch, zwischen der "Erforderlichkeit" der Sicherungsverwahrung und § 20 a einen untrennbaren Zusammenhang nachzuweisen (3). Er kommt dabei zu dem Ergebnis, daß die Feststellung "gefährlicher Gewohnheitsverbrecher" in § 20 a nicht von der "Erforderlichkeit" in § 42e getrennt werden kann. Zwar anerkennt auch er, daß die beiden Merkmale "gefährlich" verschieden liegen. Denn § 20 a verlange, daß der Täter bei Verurteilung gefährlich ist, während § 42e voraussetze, daß er bei Strafende noch gefährlich sein wird. Doch entnimmt Hennke

1) NJW 1953/1959; ebenso Leipz. Komm. (Jagusch), § 42e Anm. II 2 a.

2) GA 1956/41 ff.

3) a. a. O., S. 45 ff. Ziff. 3.

den Zusammenhang einem anderen Umstand. Er stellt innerhalb der Erwägungen, die für die Zukunftsprognose in § 42 e eine Rolle spielen, auf die Möglichkeit der Besserung ab. Denn, wie oben dargetan, die Erforderlichkeit der Sicherungsverwahrung ist nicht mehr gegeben, wenn eine Besserung des Täters durch den Strafvollzug zu erwarten ist. Daran knüpft Hennke folgende Überlegung: Wenn sich der Verurteilte gegen die Sicherungsverwahrung wende und sich dabei zur Begründung auf durch die Strafe erfolgende Besserung berufe, so wolle er damit geltend machen, daß die Neigung zu Straftaten durch die erzieherische Wirkung des Strafvollzugs entfallen sei. Dieser Angriff gegen die Feststellungen zur "Erforderlichkeit" richte sich aber im Ergebnis gegen die im Rahmen des § 20 a getroffenen Strafzumessungserwägungen. Und damit greife er die in der Strafzumessung enthaltenen spezialpräventiven Überlegungen an. Denn es sei nicht möglich, die Frage der Besserung zu beurteilen, ohne dabei in die Feststellungen zur Persönlichkeit des Täters (gefährlicher Gewohnheitsverbrecher) und in die allgemeinen Strafzumessungserwägungen einzugreifen. Anders liege es bei den beiden anderen Gesichtspunkten, die eine "Erforderlichkeit" ausschließen (andere Umweltseinflüsse und sonstige Maßregeln). Bei ihnen handle es sich um äußere Umstände, die für sich allein nachprüfbar seien, ohne daß der Richter in andere Urteileile einbrechen müsse. Hier habe der Richter davon auszugehen, daß der Angeklagte ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher sei und daß er die Neigung zur Begehung weiterer Straftaten auch noch bei Strafende haben werde. Es sei nurmehr zu prüfen, ob die Gefährlichkeit dieser Neigungen durch besondere Umstände im Zeitpunkt der Strafverbüßung ausgeräumt sei.

Gegen diese Konstruktion Hennke's sprechen zwei Argumente: ein formales und ein sachliches. Er greift von den drei Gruppen, die zum Ausschluß der "Erforderlichkeit" der Sicherungsverwahrung führen, eine heraus. Nur wenn der Verurteilte sich auf diese eine, nämlich Besserung, stützt, soll ein untrennbarer Zusammenhang mit der Straffrage bestehen. Eine Berufung auf die beiden anderen Gesichtspunkte dagegen lasse die Nachprüfung des Merkmals "Erforderlichkeit" zu, ohne daß die Straffrage berührt werde. Mit anderen Worten, Hennke macht es also von der Begründung des Rechtsmittels abhängig, ob die Trennung möglich ist oder nicht. Dies kann nicht richtig sein. Die Trennbarkeit als solche muß vor Einlegung des Rechtsmittels feststehen. Die Begründung eines Rechtsmittels kann nicht über die Trennbarkeit entscheiden. Sie kann keinen untrennbaren Zusammenhang zwischen zwei Urteilelementen herbeiführen. Es ist unmöglich, dem Beschwerdeführer die Befugnis einzuräumen, daß er durch eine besonders geartete Rechtsmittelbegründung einen untrennbaren Zusammenhang zwischen zwei Entscheidungsteilen herstellt. - Dies steht nicht in Widerspruch zu dem oben Seite 134 Ausgeführten. Dort ist zwar dargelegt, daß eine gesonderte Anfechtung der Sicherungsverwahrung nicht wirksam ist, wenn der Rechts-

mittelführer die ihm zugesprochene Eigenschaft als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher bestreitet. Also scheint auch dort die Begründung den Ausschlag für die Absonderung gegeben zu haben. Doch diese scheinbare Ähnlichkeit trügt. Dort handelt es sich nicht um die Trennbarkeit, sondern um die Trennung selbst. Hier geht es um die Trennbarkeit, also um die Möglichkeit der Trennung. Dort mußte aus der Begründung entnommen werden, ob der Beschwerdeführer trennen will, ob er von einer an sich möglichen Trennbarkeit Gebrauch machen will. Hier soll nach Hennke die Begründung entscheidend dafür sein, ob der Appellant überhaupt trennen kann. Dort war aus dem Rechtsmittelvorbringen herauszulesen, daß der Angriff nicht trennen wollte, sondern sich in Wirklichkeit auch auf die Straffrage (nämlich Eigenschaft als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher) erstrecken sollte. Hier soll aus dem Beschwerdevorbringen geschlossen werden, daß der Anfechtende nicht trennen konnte. Darin liegt ein fundamentaler Unterschied. Dies wird von Hennke übersehen. Und deshalb muß seine Ansicht schon an diesem formalen Hindernis scheitern.

Aber auch ein sachlicher Gesichtspunkt läßt sich gegen Hennke's Auffassung vortragen. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Nachprüfung der Frage, ob durch den Strafvollzug eine Besserung erzielt werde, zwangsläufig zu einer Erörterung der Strafzumessungserwägungen führen muß. Die Behauptung, durch eine Besserung während der Strafverbüßung entfalle die Gefährlichkeit und damit die "Erforderlichkeit" der Sicherungsverwahrung, ergreift nicht denknötwendig die Strafbemessung. Wenn Hennke hier richtig verstanden ist, dann will er darauf hinaus, daß das Gericht bei der Straffestsetzung unter anderem auch einen Besserungszweck verfolgt und daß es dann im Rahmen der Erforderlichkeit gleichzeitig zu prüfen hat, ob diese Besserung bei Straffende auch erreicht ist. Anders ausgedrückt, daß Gericht soll die Besserung einmal prognostisch in Rechnung stellen und sie andererseits zugleich für einen vorweggenommenen späteren Zeitpunkt retrospektiv auf ihren tatsächlichen Eintritt kontrollieren. Dort scheint nach Hennke's Ansicht der Schnittpunkt zu liegen. Er verkennet aber dabei den gerade von ihm selbst hervorgehobenen Dualismus von Strafe und Sicherungsmaßnahme. Diese Zweispurigkeit enthüllt zwei völlig getrennte selbständige Dinge. Sie beruhen - oder sie sollten es wenigstens tun - auf zwei getrennten Denktionen des Richters. Daß sich diese Denkvorgänge an einem Punkt berühren, zwingt nicht zu gemeinsamer Beurteilung. Wenn diese Unterscheidung bei Aburteilung durch die erste Instanz auch nicht immer erkennbar hervortreten mag, so wird sie doch beim Rechtsmittelgericht deutlich und scharf. Den Rechtsmittelrichter hindert nichts, zu prüfen, ob mit einer bestimmten Strafzumessung eine Besserung erreicht sein wird. Er braucht nur zu untersuchen, ob dieses behauptete Ergebnis mit einiger Wahrscheinlichkeit eintreten wird. Dazu bedarf es nicht der Erörterung, wie weit die im Rahmen der Strafzumessung angestellten Besse-

rungserwägungen richtig oder unrichtig waren oder wie weit sie gegebenenfalls zu ändern sind. Er hat die Besserungsfrage nur vom voraussichtlichen Ergebnis her zu prüfen, und zwar ausschließlich im Hinblick auf die "Erforderlichkeit" für die Sicherungsverwahrung. Dies ergibt sich eindeutig aus der Parallelität von Strafe und Sicherungsverwahrung. Ein untrennbarer Zusammenhang zwischen beiden Teilen wird dadurch nicht hergestellt.

Es dürfte damit nachgewiesen sein, daß auch die zweite Voraussetzung des § 42 e nicht unauflöslich mit der Strafrage verknüpft ist. Die Nachprüfung der "Erforderlichkeit" zwingt das höhere Gericht nicht, auf die Erwägungen zur Strafzumessung überzugreifen.

e) Das Ergebnis läßt sich also dahin zusammenfassen, daß eine getrennte Anfechtung der Sicherungsverwahrung durchaus möglich und wirksam ist. Die Rechtsmittelinstanz kann die Frage der Sicherungsverwahrung allein aufröhlen und deren Voraussetzungen untersuchen, ohne dabei die Frage der Strafzumessung erörtern zu müssen. Dies gilt sowohl für ein Rechtsmittel des Angeklagten, als auch für ein solches der Staatsanwaltschaft. Ebenso kann das Revisionsgericht lediglich die verhängte Sicherungsverwahrung aufheben und den übrigen Teil des Urteils bestehen lassen.

3. Die Abtrennung der Strafe unter Ausklammerung der Sicherungsverwahrung

Anders und zugleich einfacher ist die Antwort auf die umgekehrte Frage, ob ein Rechtsmittel wirksam allein auf die Strafe beschränkt werden kann, mit der Folge, daß die Sicherungsverwahrung außer Streit bleibt. Nachdem § 20a einen Teil der Strafzumessung darstellt, muß die Bekämpfung der letzteren zu einer Überprüfung der ersteren führen. Die Verurteilung als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist aber zugleich eine notwendige Voraussetzung für die Sicherungsverwahrung. Der Angriff auf die Strafzumessung beraubt also die Sicherungsverwahrung einer ihrer wesentlichen Voraussetzungen. Es ist ausgeschlossen, die Sicherungsverwahrung bestehen zu lassen, solange nicht sicher ist, ob § 20a überhaupt zum Zuge kommt. Das bedeutet keinen Widerspruch gegenüber der wiederholt betonten Selbständigkeit der Sicherungsmaßnahme. Diese bleibt nach wie vor gewahrt, soweit es um deren Erörterung geht. Auch das Nebeneinander von Strafe und Maßregel wird dadurch nicht beeinträchtigt. Beide laufen trotzdem als zwei Unrechtsfolgen gänzlich verschiedener Art parallel zueinander. Die Besonderheit liegt bei der Sicherungsverwahrung nur darin, daß diese eine bestimmte Art der Bestrafung verlangt. Von dieser Voraussetzung abgesehen führt kein untrennbarer Zusammenhang zur Strafzumessung. Dagegen erweist sich um-

gekehrt diese Voraussetzung als unüberwindliches Hindernis für die Trennbarkeit der Straffrage. Mit deren Beanstandung wird zugleich der Sicherungsverwahrung der Boden entzogen (1).

V. DIE UNTERSAGUNG DER BERUFS- ODER GEWERBEAUSÜBUNG

Ein weiteres wirkungsvolles Mittel gegenüber gewissen Deliktsarten ist die Verhängung des Verbots, einen bestimmten Beruf oder ein bestimmtes Gewerbe auszuüben (§ 42 I StGB). Die Dauer dieser Berufssperre kann zwischen einem und fünf Jahren liegen. Eine solche Maßnahme wird den damit Belasteten in der Regel sehr empfindlich treffen. Schon deshalb, weil § 42 I Abs. 2 bestimmt, daß der Verurteilte den Beruf oder das Gewerbe auch nicht durch einen anderen ausüben lassen darf. Mag ein partielles Berufsverbot, das dem Verurteilten nur die Ausübung eines Teils seines Berufs untersagt, noch angehen, so wirkt sich eine totale Berufssperre in der Regel verhängnisvoll aus. Sie wird den Betroffenen nicht selten in den wirtschaftlichen Ruin führen oder ihn mindestens hart an dessen Schwelle bringen. Vollends dann, wenn es sich um freie Berufo oder selbständige Gewerbetreibende handelt. Vor allem für die Spezialberufe, wie z. B. Ärzte etc., wird ein Berufsverbot oft katastrophale Folgen zeitigen. Denn auf Grund ihrer Ausbildung haben sie vielfach nicht die Möglichkeit, in andere Berufssparten auszuweichen.

Es leuchtet ein, daß die Verhängung einer solchen Maßnahme von den davon in Mitleidenschaft Gezogenen als regelrechte Strafe empfunden wird. Sogar als eine äußerst harte Strafe, da sie meist an den Kern der wirtschaftlichen Existenz geht. Deshalb ist es nur zu verständlich, daß der Verurteilte die Freiheitsstrafe manchmal gern in Kauf nehmen will und die Richtung seines Rechtsmittels desto energischer gegen die Berufssperre kehrt. Für den Fall einer freiberuflichen Tätigkeit bliebe ihm dann wenigstens die Möglichkeit, während seiner Freiheitsentziehung einen Vertreter zu engagieren und dadurch den Bestand seiner beruflichen Wirkungsstätte und seine Existenz aufrecht zu erhalten.

Gleichwohl ist die gemäß § 42 I StGB angeordnete Maßnahme keine Strafe, auch wenn sie aus der Sicht des Betroffenen als solche wirkt (2). Solange die Unter-

1) Vgl. BGH in NJW 1954/846.

2) Vgl. H. Mayer, S. 378, der die Einordnung des Berufsverbots unter die sichernden Maßnahmen als wissenschaftlich unverbindlich erklärt und dies mit dem Hinweis auf Artikel 12 Bonner Grundgesetz begründet.

sagung der Berufsausübung unter anderem ein Schutzbedürfnis der Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung voraussetzt, kann jene sowohl dogmatisch als auch ihrer Natur nach keine Strafe sein. Dies käme sonst einer vorweggenommenen Ahndung zukünftig möglicher Delikte gleich. Und dies ist nicht zulässig. Eine solche ausschließlich auf Prognosen beruhende Strafe könnte auch nicht mit dem Gedanken der Prävention begründet werden. Wohl ist auch die Prävention ein mit der Strafe verfolgter Zweck. Aber sie ist eben einer von mehreren Strafzwecken; allein vermag sie eine Strafe nicht zu halten. Daß der Betroffene freilich wenig Verständnis dafür aufbringen wird, in dem Berufsverbot nur eine sichernde Maßnahme zu sehen, darf nicht irre machen. Denn darauf kommt es für die Bewertung einer Unrechtsfolge nicht an. Entscheidend ist der mit ihr verfolgte Zweck. Dieser muß, vor allem wenn es um prozessuale Fragen geht, denen ja immer ein gewisser Formalismus anhaftet, einer Beurteilung zugrunde gelegt werden. Und danach kann die Untersagung der Berufsausübung nur Sicherungsmittel sein.

Bejaht man den Sicherungscharakter dieser Maßnahme, dann wird ihr gegenüber der Strafe auf Grund der herrschenden Zweispurigkeit sofort eine gewisse Selbständigkeit zu eigen. Dies spricht von vornherein für eine mögliche Trennbarkeit der Maßregel.

1. Die Trennbarkeit gegenüber der Schuldfrage

Stellt man die Voraussetzungen des § 42 I StGB den Merkmalen der Schuldfrage gegenüber, so werden keine Berührungspunkte sichtbar, die eine gesonderte Nachprüfung der Sicherungsmaßnahme in Zweifel ziehen könnten. Die Anordnung des Berufsverbots verlangt einmal die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens unter Mißbrauch eines Berufs bzw. Gewerbes oder unter grober Verletzung der kraft eines Berufs bzw. Gewerbes obliegenden Pflichten. Zum anderen wird vorausgesetzt, daß der Betroffene wegen dieses Delikts zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten verurteilt worden ist. Und zum dritten muß die Maßnahme "erforderlich" sein, um die Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung zu schützen. Liegen diese Bedingungen alle vor, dann kann das Gericht eine Berufs- oder Gewerbesperre anordnen. Bei Betrachtung dieser Voraussetzungen zeigt sich, daß keines der hier in Frage stehenden Merkmale zugleich einen für die Schuldfrage maßgebenden Gesichtspunkt enthält. Irgendwelche Verbindungen zur Schuldfrage sind nicht anzuerkennen. Es sei denn, man wollte aus der Tatsache, daß es sich um ein Verbrechen oder Vergehen handeln muß, auf einen Zusammenhang mit der Deliktsfrage schließen. Doch dies wäre nicht richtig. Denn das Vorliegen eines Verbrechens oder Vergehens ist ein Erfordernis formaler Natur. Bei der

Prüfung des Berufsverbots hat das Gericht nicht mehr selbständig zu untersuchen, ob die strafbare Handlung des Angeklagten auch tatsächlich ein Verbrechen oder Vergehen im Sinne der Trichotomie ist. Es hat vielmehr nur das im Schuldspruch zum Ausdruck gekommene Delikt auf seine Bewertung im Rahmen der Delikts-Dreiteilung anzusehen.

Sind aber zwischen Schuldfrage und Sicherungsfrage keine Zusammenhänge erkennbar, so ergibt sich die Trennbarkeit der letzteren in Richtung auf die Schuldfrage von selbst (1).

2. Die Trennbarkeit gegenüber der Straffrage

a) Dasselbe gilt für die Trennbarkeit in bezug auf die Strafzumessung. Ob eine Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten ausgesprochen ist, hat das Gericht aus der Beantwortung der Straffrage zu übernehmen. Daß es sich hier um eine formale Voraussetzung handelt, ist schon dem Wortlaut des § 42 I zu entnehmen ("Wird jemand zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten verurteilt"). Das Gericht hat also im Bereich der Sicherungsfrage nicht mehr zu erörtern, ob die ausgeworfene Freiheitsstrafe der Tat auch wirklich angemessen ist. Das bloße Vorhandensein einer Freiheitsstrafe in der geforderten Höhe ist ausreichend. Ebenso wenig haben die beiden anderen Voraussetzungen des § 42 I mit der Straffrage etwas zu tun. Das Merkmal des Berufsmißbrauchs bzw. der Berufspflichtverletzung könnte zwar auch bei der Strafzumessung eine Rolle spielen. Denn es wäre immerhin denkbar, daß das Gericht im Rahmen der Strafzumessungserwägungen den Mißbrauch einer beruflichen Stellung strafscharfend in Betracht zieht. Dennoch darf daraus kein untrennbarer Zusammenhang zwischen beiden Urteilsteilen abgeleitet werden. Schon deshalb nicht, weil es auf dem Gebiet der Straffrage um andere Dinge geht und weil das Gericht zudem gar nicht verpflichtet ist, einen solchen Gesichtspunkt beim Strafmaß zu verwenden. Daß schließlich zwischen dem Merkmal der "Erforderlichkeit" und der Straffrage keine Schnittpunkte vorhanden sind, ist wiederholt an früherer Stelle nachgewiesen worden.

Damit zeichnet sich kein Hindernis ab, welches einer Teilung von Strafe und Maßregel im Wege stünde. Dem ausschließlich mit der Berufssperre befaßten Rechtsmittelrichter ist es ohne Schwierigkeiten möglich, allein deren Voraussetzungen nachzuprüfen. Ob es um die Voraussetzungen des Berufsverbots und damit um die Zulässigkeit dieser Maßnahme geht, um ihre Angemessenheit oder um ihre Dauer, in jedem Falle bedarf es zur Überprüfung der Sicherungs-

1) Gegenteiliger Meinung Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 40.

frage keines Eingehens (1) auf die Strafzumessung. In dem Nebeneinander von Strafe und Maßregel erweist sich auch hier die Eigenständigkeit der letzteren als gewichtiges Moment für ihre Trennbarkeit.

b) Etwas anderes muß aber dann gelten, wenn die untere Instanz Strafe und Berufsverbot unter gegenseitiger Beziehungnahme verhängt hat. Wenn die Höhe der einen durch die Anordnung oder Dauer der anderen bedingt ist, oder umgekehrt, dann ist eine Trennbarkeit nicht gegeben. Die Erwägungen, die für die Festsetzung beider Unrechtsfolgen bestimmend waren, sind dadurch so ineinander verschlungen, daß eine alleinige Überprüfung sowohl der Maßregel als auch der Strafe nicht durchführbar ist.

Derselben Ansicht ist auch die bisher einzige zu dieser Abtrennungsfrage veröffentlichte Entscheidung. In seinem Urteil vom 1. 2. 1940 betont das Reichsgericht (2), daß ein nur gegen die Nichtanwendung des § 42 I gerichtetes Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft zu einer Aufhebung des Strafausspruchs in vollem Umfange zwingt. Ein Teil des Schrifttums ist, ohne die Trennbarkeit des Berufsverbots weiter zu behandeln, dieser Auffassung des Reichsgerichts gefolgt (3). Die Begründung dieser Entscheidung gibt aber zu Bedenken Anlaß. Das Reichsgericht hebt nämlich den Strafausspruch deshalb mit auf, weil die Strafkammer bei ihrer neuerlichen Entscheidung eine mildere Strafe für angemessen halten könnte, wenn sie nunmehr die Gewerbeausübung verbietet, oder weil sie andererseits bei Schärfung der Strafe nicht noch ein solches Berufsverbot für erforderlich halten könnte, um die Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung zu schützen. -

Damit macht das Reichsgericht die Ausnahme zur Regel. Indem es von vornherein mit der Möglichkeit rechnet, daß das Instanzgericht über Strafe und Maßregel unter gegenseitiger Berücksichtigung entscheidet, verwischt es den Unterschied zwischen beiden. Beide Folgen sollten aber im Normalfall nicht auf Grund wechselseitiger Beziehungnahme festgesetzt werden. Das ergibt sich deutlich aus § 42 I. Dort wird die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe schon vorausgesetzt. Dies kann nicht anders verstanden werden, als daß sich der Richter über die Höhe der Strafe schon im klaren sein muß, bevor er an die Erörterung der Sicherungsmaßnahme herangeht. Mit Recht betonen deshalb Kleinknecht-Müller-Reitberger (4), daß in der Regel eine Auswirkung der Strafe auf die Maßregel und umgekehrt zu

1) So auch Gage-Sarstedt, S. 48, unter Hinweis auf fünf unveröffentlichte Entscheidungen des Berliner Strafsenats des BGH.

2) RG 74, 54 = DJ 1940/335.

3) Olshausen, § 42 I Anm. 12 2. Abs.; Schwarz, Komm. z. StGB § 42 I Anm. 5; ders. Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 B c bb; Eb. Schmidt, Lehikomm. § 318 Randnote 40.

4) § 318 Anm. 3 b dd (4) 3. Abs.

verneinen sei. Das Reichsgericht nimmt also die unzulässige Vermengung beider Unrechttatfolgen zum Ausgangspunkt für die generelle Untrennbarkeit. Dem kann nicht entgegengetreten werden. Die im Regelfall selbständige Beurteilung beider Fragenkreise (1) zieht auch eine Trennbarkeit der Berufssperre nach sich. Nur wenn die Beurteilung beider Fragen ausnahmsweise aufeinander abgestimmt worden ist, kann das Rechtsmittelgericht eine gesonderte Nachprüfung der Maßregel nicht durchführen. Dann - aber nur dann - muß sich das Rechtsmittel auch auf die Strafe erstrecken. Eine gemeinsame Aufhebung von Strafe und Sicherungsmaßregel durch das Revisionsgericht mit der Begründung, der Tatrichter könne möglicherweise unter gegenseitiger Berücksichtigung entscheiden, ist nicht richtig. Denn dies würde einer fehlerhaften Urteilsweise geradezu Vorschub leisten.

3. Umgekehrt ist eine getrennte Anfechtung nur der Strafzumessung unter Beibehaltung des Berufsverbots ebenfalls verschieden zu beurteilen. Die hiermit aufgeworfene Frage wirkt allerdings insofern etwas gekünstelt und theoretisch, als wohl kaum ein Verurteilter die Berufssperre hinnehmen und nur die Strafe angreifen wird. Dieser Fall mag in der Praxis höchstens bei einem Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft eintreten. Dennoch soll das Problem kurz gestreift werden.

Daß bei gegenseitiger Beeinflussung von Strafe und Maßregel eine Abtrennung der Strafzumessung unwirksam ist, bedarf keiner weiteren Erläuterung mehr. Das gleiche gilt aber auch für einen Teil der anderen Fälle. Nachdem die Verhängung einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten ein formales Erfordernis des Berufsverbots ist, muß mit der Bekämpfung der Strafe begriffsnotwendig auch die Maßregel in das Rechtsmittel einbezogen werden. Besteht doch immerhin die Möglichkeit, daß durch eine Veränderung der Strafhöhe das Berufsverbot einer Voraussetzung beraubt wird. Allerdings wird dies dann nicht zutreffen, wenn der im rechtskräftigen Schuldspruch gewonnene Deliktstatbestand eine Freiheitsstrafe von weniger als drei Monaten gar nicht vorsieht (z. B. schwerer Diebstahl des Nachtwächters). Hier könnte auch bei Beanstandung der Straffrage nur wieder auf Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten erkannt werden. Damit entfielen bei diesen Sachverhalten der Grund für eine Ausdehnung des Rechtsmittels auf die Sicherungsfrage.

1) Vgl. neuestens OLG Hamm in NJW 1957/1773.

VI. DIE ENTZIEHUNG DER FAHRERLAUBNIS

Mit der Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß § 42 m StGB rückt ein kriminelles Reaktionsmittel in den Blickpunkt der Erörterung, dem es auch in weiten Kreisen der Öffentlichkeit kaum an Aktualität gebricht. Obwohl für jeden Kraftfahrer Schreckgespenst und Damoklesschwert zugleich, hat sie es bisher nicht vermocht, die wachsende Springflut der Verkehrsunfälle einzudämmen.

Im Bereich der Rechtswissenschaft war diese Erlaubnisentziehung außerdem hinreichender Anlaß, dem Streit um den Dualismus zwischen Strafe und Maßregel neue Nahrung zu geben. Befürworter und Gegner dieser Zweispurigkeit traten sofort auf den Plan, um an der neuen strafrechtlichen Sanktion ihre Argumente zu schärfen (1). Dabei geht es nicht um die kriminalpolitische Notwendigkeit dieser Unrechtsfolge. Das Bedürfnis, den ungeeigneten Kraftfahrer von der Teilnahme am Verkehr fernzuhalten, steht außer Zweifel. Der grundsätzliche Streit geht um die vom Gesetzgeber vorgenommene Ausgestaltung der Entziehung als Sicherungsmaßnahme. Daß die Entziehung der Fahrerlaubnis sowohl ihrer systematischen Stellung im Gesetz als auch ihrem formalen Zweck nach keine Strafe, auch keine Nebenstrafe ist, sondern eine Maßregel der Sicherung und Besserung, wird wohl einhellig zugegeben (2). Andererseits ist aber nicht von der Hand zu weisen, daß die Maßnahme auf den Betroffenen wie eine Strafe wirkt, ja wirken muß. Denn sie trifft ihn nicht selten an der Wurzel seiner Existenz. Und zwar desto schwerer, je mehr seine wirtschaftliche Basis an die Benutzung eines Kraftfahrzeugs gebunden ist. Dazu kommt, daß die überwiegende Zahl aller Fahrerlaubnisentziehungen auf Trunkenheit am Steuer in Verbindung mit einem Verkehrsunfall leichter bis mittlerer Schwere beruht. Das sind also die Fälle, in denen die Tat entweder mit einer Geldstrafe oder mit einer Freiheitsstrafe von meist

1) Vgl. Dreher, S. 481; Frey, S. 3.

2) Z. B. BGH in Verkehrsrechtl. Mitteilungen 1956/55 Nr. 96 (mit der Entziehung der Fahrerlaubnis wird keine Sühne bezweckt); BGH in L.-M. Nr. 7 zu § 42 m StGB = JZ 1954/541 = JR 1954/306 = NJW 1954/1167; BGH in L.-M. Nr. 10 zu § 42 m StGB; BGH 7, 165 = NJW 1955/557 = JZ 1955/248 = DAR 1955/88 = VRS 8/281; OLGe Stuttgart in NJW 1954/611; Düsseldorf in NJW 1954/165; Neustadt in VRS 10/123; Leipz. Komm. (Jagusch), § 42 m Anm. 2; Schönke-Schröder, § 42 m Anm. I; Kohlrausch-Lange, § 42 m Anm. II; Schwarz, Komm. z. StGB § 42 m Anm. 1; Maurach, Allg. Teil S. 722; Müller, Straßenverkehrsrecht S. 172; Floegel-Hartung, § 42 m Anm. 7 e; Bruns in GA 1954/163; Maassen in NJW 1953/202; Lackner, S. 74; Hartung in DRiZ 1953/120; Schmidt-Leichner, S. 1849.

geringer Dauer (oft noch zur Bewährung ausgesetzt) geahndet wird. Dem steht dann die Entziehung der Fahrerlaubnis von mindestens sechs Monaten Dauer gegenüber. Dem Betroffenen klarzumachen, daß das von ihm viel härter empfundene einschneidende Fahrverbot keine Strafe, sondern "nur" eine Sicherungsmaßnahme ist, dürfte ein schwieriges Unterfangen sein. Weite Kreise werden deshalb in einer solchen Ausschaltung des betreffenden Verkehrsteilnehmers immer eine Vergeltung für begangenes Unrecht erblicken. Diesen der strengen Zweiteilung von Strafe und Maßregel entgegen wirkenden Eindruck zu ignorieren und "daran vorbeizugehen, wäre lebensfremd" (1). Ein Blick auf die Rechtsprechung zeigt, daß auch die Gerichte sich dieser Wirkung in der Laiensphäre nicht ganz verschließen. (2) Im Ergebnis wird dies daran sichtbar, daß der Richter die Strafe einerseits und die Anordnung der Entziehung andererseits aufeinander abstimmt. Indem er die Strafe mit Rücksicht auf die Maßregel unter dem schuldangemessenen Maß festsetzt, gibt die letztere auch den Unrechtsgehalt der Tat wieder und übernimmt damit die Nebenfunktion einer Strafe. Bei einer solchen Verfahrensweise, die eine denkmäßig getrennte Festsetzung von Strafe und Maßregel bewußt außer acht läßt, befinden sich die Gerichte in bester Gesellschaft. Denn auch die amtliche Begründung des Gesetzes zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 19.12.1952 gibt dem Gedanken einer gegenseitigen Beeinflussung beider Unrechtsfolgen Raum (3). Hartung (4) - sekundiert von Bruns (5) - geht sogar noch einen Schritt weiter. Er hält eine derartige gegenseitige Einflußnahme von Strafe und Fahrerlaubnisentziehung nicht nur für zulässig, sondern macht es dem Richter geradezu zur Pflicht, je nach dem Einzelfall die individuelle Strafwirkung

-
- 1) wie Hartung in DRiZ 1954/28 mit Recht unterstreicht.
 - 2) Vgl. OLG Braunschweig in NJW 1955/1333 = NdsRpfl. 1955/218; OLG Frankfurt in NJW 1955/1331; BayObLG in NJW 1957/511.
 - 3) "Die Entziehung der Fahrerlaubnis wiegt für den Betroffenen oft schwerer als Strafe, obwohl sie keine Sühne für die Tat, sondern eine Vorbeugungsmaßnahme zum Schutz der Allgemeinheit darstellt. Der Richter kann die Strafe für eine Verkehrszuwerhandlung nur dann gerecht bemessen, wenn auch die Entscheidung über die Entziehung der Fahrerlaubnis in solchen Fällen in seiner Hand liegt". - Ferner der Bericht des Bundestagsausschusses: "... Hinzu kommt, daß häufig der Strafrichter nicht imstande ist, das gerechte Strafmaß zu finden, wenn er nicht weiß, ob die Verwaltungsbehörde nachher noch die Fahrerlaubnis entziehen wird oder nicht." - Mitgeteilt von Floegel-Hartung, § 42 m Anm. 1 a.
 - 4) In DRiZ 1954/28; so auch Floegel-Hartung, § 42 m Anm. 7 e; Müller, Straßenverkehrsrecht, S. 172.
 - 5) In GA 1954/164 mit dem gleichen Ergebnis, aber in der Begründung um eine Nuance anders.

der Maßnahme bei seinem Strafausspruch zu berücksichtigen und bei der Strafzumessung in Rechnung zu stellen. Dem steht andererseits wieder entgegen, daß das Gericht den schwerwiegenden beruflichen Folgen einer Fahrerlaubnisentziehung kein ausschlaggebendes Gewicht bei seiner Entscheidung beimessen darf (1).

Daß durch diese Annäherung die scharfe Trennung von Strafe und Maßregel bis zu einem gewissen Grade verwischt wird, ist offensichtlich. Die beiden Spuren (Zweispurigkeit) rücken dadurch auf Tuchfühlung zusammen. Ob eine solche wechselseitige Beziehungnahme allgemein oder nur im speziellen Verhältnis von Strafe und Fahrerlaubnisentziehung zulässig ist, braucht hier nicht abschließend entschieden zu werden. Dies bedürfte einer eingehenden Prüfung, welche den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen würde (2). Jedenfalls kommt der Tatsache, daß die Strafe unter Berücksichtigung der Fahrerlaubnisentziehung festgesetzt worden ist oder umgekehrt, auf dem prozessualen Gebiet der Trennbarkeit maßgebende Bedeutung zu. Nicht die Beantwortung der Frage, ob die gegenseitige Abstimmung beider Unrechtsfolgen zulässig ist, sondern das Faktum, daß eine solche Abstimmung tatsächlich geschehen ist, wird für die Trennbarkeit oft entscheidend.

1. Die Trennbarkeit gegenüber der Schuldfrage

Dennoch soll zuvor nicht an der Frage vorbeigegangen werden, wie es mit der Trennbarkeit der Fahrerlaubnisentziehung in Richtung auf die Schuldfrage steht. Anlaß dazu gibt eine treffliche Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (3), die das Problem nach allen Seiten ausleuchtet. Dieses Urteil verdient in Ergebnis und Begründung volle Zustimmung und kann zur Grundlage der folgenden Erörterungen gemacht werden.

Die Trennung von Entziehung und Schuldfrage hängt davon ab, welcher Art die Beziehungen beider Entscheidungsteile zueinander sind. Können Zulässigkeit und Angemessenheit der Fahrerlaubnisentziehung ermittelt werden, ohne daß dies zur Prüfung von Gesichtspunkten führt, die zugleich der Schuldfrage angehören, dann darf die Trennbarkeit der Maßregel als gesichert gelten.

1) Bruns, a.a.O., S. 176/77.

2) Rödding, S. 1342 ist beispielsweise gegen eine derartige Abhängigkeit.

3) BayObLGSt 1954/162 ff. = NJW 1955/353 = DAR 1955/41 = VRS 8/122.

Die Entziehung der Fahrerlaubnis setzt voraus, daß der Täter

1. wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung zu einer Strafe verurteilt oder lediglich wegen Unzurechnungsfähigkeit freigesprochen worden ist,
2. daß er diese Handlung bei oder in Zusammenhang mit der Führung eines Kraftfahrzeugs oder unter Verletzung der dem Führer eines Kraftfahrzeugs obliegenden Pflichten begangen hat
3. und daß er sich durch die Tat als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erwiesen hat.

a) Bei einer ersten Übersicht zeigt sich, daß das in Ziff. 3 genannte Merkmal mit der Schuldfrage nichts zu tun hat. Es gibt keine strafrechtlichen Tatbestände, deren Erfüllung von dem Vorliegen dieses Merkmals abhängig wäre. Bleiben zunächst noch die in Ziff. 1 genannten Gesichtspunkte: Der Täter muß eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen haben und deswegen zu einer Strafe verurteilt oder mit Rücksicht auf seine Zurechnungsunfähigkeit freigesprochen worden sein. Ob eine strafbedrohte Handlung begangen worden ist, wird im Bereich der Deliktsfrage geprüft. Und nachdem die Schuldfrage ebenfalls auf dem Gebiet der Deliktsfrage liegt, wird dort auch erforscht, ob die betreffende Handlung in zurechnungsunfähigem Zustand verübt worden ist. Also birgt die Entziehung der Fahrerlaubnis zwei Elemente, die deutlich auf die Schuldfrage weisen. Wie aber ein Blick auf § 42 m zeigt, wird die in Ziff. 1 beschriebene Voraussetzung dort als ein formales Erfordernis behandelt. Es heißt dort: "Wird jemand wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung zu einer Strafe verurteilt oder lediglich wegen Zurechnungsunfähigkeit freigesprochen . . .". Dies kann nur so verstanden werden, daß § 42 m diese Merkmale als gegeben voraussetzt und rein formal an sie anknüpft (1). Damit darf das Gericht im Rahmen der Sicherungsfrage nicht mehr untersuchen, ob der Täter wirklich eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen hat. Es genügt die formale Feststellung, daß er wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung zu einer Strafe verurteilt ist. Freilich kann es sich in der ersten Instanz nicht um eine bereits rechtskräftige Verurteilung handeln. Denn dort erläßt ja das Gericht *uno actu* den Schuldspruch, den Strafausspruch und den Ausspruch über die Fahrerlaubnisentziehung. Dennoch verlangt der Gesetzeswortlaut vom Richter, wenn er sich der Sicherungsfrage zuwendet, nicht, daß er die Handlung des Angeklagten auf ihre Strafwürdigkeit noch einmal besonders prüft. Der Richter kann diese

1) Vgl. BGH 6, 394 = NJW 1955/72. - So auch Maurach, Lehrb. Allg. Teil S. 722; a. A. OLG Hamm in NJW 1956/560 und Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 41.

bereits beantwortete Frage aus dem Schuldspruch übernehmen. In plastischer Schärfe tritt dies erst bei einer Rechtsmittelteilung hervor. Nimmt man also diesen Punkt als eine formale Voraussetzung - und man wird dies nach dem Wortlaut des § 42 m StGB tun müssen -, so führt dadurch keine untrennbare Verbindung zur Schuldfrage (1).

Daran ändert sich auch nichts, wenn der Beschwerdeführer die gesamte Straffrage im weiteren Sinne, also Fahrerlaubnisentziehung und eigentliche Strafzumessung zusammen, angefochten hat. Wohl liegt hier die oben geforderte Verurteilung zu einer Strafe nicht mehr rechtskräftig vor. Denn die Strafe ist ja dann mit-angefochten. Nur die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung ist durch den Schuldspruch festgestellt. Ein solcher Mangel hat aber mit der Trennbarkeit gegenüber der Schuldfrage nichts zu tun. Aus diesem Umstand kann noch kein untrennbarer Zusammenhang zwischen Schuldfrage und Sicherungsfrage entnommen werden. Außerdem käme man sonst zu dem eigentümlichen Resultat, daß zwar die angefochtene Strafzumessung den Schuldspruch nicht berührt und ihn rechtskräftig werden läßt, daß aber die bekämpfte Entziehung zur Nachprüfung der Schuldfrage zwingt. Es dürfte kaum richtig sein, daß der Angriff auf die Fahrerlaubnisentziehung weitergreifende Wirkungen äußert als die Anfechtung der Strafzumessung. Man kann schließlich nicht den Schuldspruch für die angefochtene Strafzumessung als bindend akzeptieren und ihn gleichzeitig für die ebenfalls angefochtene Entziehung in das Rechtsmittel einbeziehen. Bei überspitzter Betrachtung wäre dann die Folge, daß der Schuldspruch für die angefochtene Strafhöhe rechtskräftig wird und damit notgedrungen wieder zu einer Strafe führen muß, während er von dem gegen die Maßregel gerichteten Rechtsmittel erfaßt und dann möglicherweise wegen des Fehlens einer strafbaren Handlung aufgehoben wird. Die Fehlerhaftigkeit einer solchen Ansicht liegt auf der Hand. Damit ist offenkundig, daß die Annahme eines untrennbaren Zusammenhangs zwischen Schuldfrage und Entziehung schon rein praktisch zu unhaltbaren Ergebnissen dort führt, wo auch die Straffrage mit angefochten ist.

Man kann aber auch nicht zulassen, daß der Rechtsmittelrichter die erste Voraussetzung des § 42 m trotz ihres formalen Charakters noch einmal überprüft. Dies wäre wenig konsequent. Genau wie die Fahrerlaubnisentziehung auf der Verurteilung wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung, so baut auch der Strafausspruch auf der Grundlage des Schuldspruchs auf. Wäre die oben genannte Ansicht richtig, dann müßte bei jeder Anfechtung der Strafzumessung auch deren formale Basis, nämlich der Schuldspruch selbst, überprüft werden. Daß dies in der Regel nicht zutrifft, ist allgemein anerkannt und schon an früherer Stelle untersucht

1) A. A. Eb. Schmidt, a. a. O.

worden. Es ist nicht einzusehen, warum bei der Fahrerlaubnisentziehung etwas anderes gelten soll.

Will der Verurteilte also die Entziehung der Fahrerlaubnis deshalb zu Fall bringen, weil er behauptet, keine mit Strafe bedrohte Handlung begangen zu haben, so muß er auch gegen den Schuldspruch und damit gegen das ganze Urteil vorgehen. Nur auf diesem Umwege kann er mit einer derartigen Begründung die Maßregel lahmlegen. Daraus ergibt sich ein beachtlicher Umkehrschluß: Ein Rechtsmittel des Angeklagten, das dem Antrage nach nur gegen § 42 m gerichtet ist, dessen Begründung aber dahingeht, es sei gar keine strafbedrohte Handlung begangen worden, wendet sich in Wirklichkeit auch gegen den Schuldspruch. Die Grundsätze, das Ziel eines Rechtsmittelangriffs aus dem gesamten Rechtsmittelvorbringen auszulegen, führen zu diesem Ergebnis. Mit einem untrennbaren Zusammenhang von Schuldfrage und Sicherungsmaßnahme hat dies aber nichts zu tun.

Will jedoch der Verurteilte mit seiner Beschwerde in den Grenzen des § 42 m bleiben, so könnte er dessen erste Voraussetzung nur in der Weise erfolgreich angehen, der vom Untergericht angenommene Straftatbestand stelle überhaupt keine Strafnorm dar, wie z. B. fahrlässige leichte Körperverletzung oder versuchte fahrlässige Straßenverkehrsgefährdung. Nach der eingangs erwähnten These, daß die erste Voraussetzung des § 42 m nur formalen Charakter trägt, könnte die obere Instanz diesen Umstand nachprüfen, ohne die Schuldfrage neu aufzurollen. Denn ob überhaupt ein strafbarer Tatbestand angenommen ist, läßt sich leicht am Schuldspruch ablesen. Trotzdem kommt es auch hier zu einer Neuprüfung der Schuldfrage. Allerdings aus einem ganz anderen Gesichtspunkt. Wie oben S. dargelegt, gehört die Bestrafung aus einem gar nicht existierenden Strafgesetz zu den Ausnahmefällen, in denen die Rechtskraft des Schuldspruchs durchbrochen wird, gleich welcher Art die Rechtsmittelbeschränkung ist (1). Dieser grundlegenden Fehler in der Schuldfragebeantwortung zwingt zur Neuprüfung sämtlicher Entscheidungsteile.

Danach kommt man zu dem eigenartigen Ergebnis, daß zwischen dem Merkmal "Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung" in § 42 m und der Deliktsfrage zwar begrifflich kein Zusammenhang besteht; daß aber dennoch jedes Rechtsmittel des Verurteilten, das sich mit Erfolg auf einen Fehler in dieser Voraussetzung stützt, zur Nachprüfung der Schuldfrage führt. Sei es auf dem Wege einer richtigen Auslegung des Rechtsmittelvorbringens, sei es wegen einer Durchbrechung der eingetretenen Teilrechtskraft. Daß damit die an sich gegebene Selbständigkeit in gewissen Fällen praktisch entwertet wird, darf nicht irre machen. Bei einem

1) BayObLGSt 1954/159 ff. = NJW 1955/395 = DAR 1955/66 = JR 1955/151 = VRS 8/197 = RdK 1955/8.

Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft gegen die unterbliebene Anordnung des Fahrerlaubnisentzuges zeigt sich die Natur dieses Merkmals in § 42 m noch deutlicher. Hier hat der Richter lediglich an Hand des Schuldspruchs festzustellen, ob eine mit Strafe bedrohte Handlung gegeben ist.

Deshalb muß als erstes Ergebnis nach wie vor festgehalten bleiben, daß das Merkmal "Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung" nur formalen Charakter trägt, da zu seiner Prüfung keine Erörterung der Schuldfrage notwendig ist. Von hier führt somit kein zwingender Weg zur Schuldfrage.

Schließlich bedarf aber noch die zweite Alternative des ersten Tatbestandsmerkmals von § 42 m - Freispruch wegen Zurechnungsunfähigkeit - einer kurzen Betrachtung. Obgleich auch dieses Element lediglich als formale, aus dem Schuldspruch zu entnehmende Grundlage für die Entziehung dient, ist die Situation im Falle einer Rechtsmittelbeschränkung auf § 42 m doch anders. Durch den ergangenen Freispruch ist der Angeklagte nicht beschwert. Er hat also kein Mittel, die Schuldfrage vor ein Rechtsmittelgericht zu bringen. Damit ist er aber auch der Möglichkeit beraubt, durch einen Angriff auf die Schuldfrage seine Schuldfähigkeit neu prüfen zu lassen. Er müßte sich demzufolge nach der jedenfalls noch herrschenden Meinung mit der festgestellten Zurechnungsunfähigkeit zufriedengeben. Mit Recht hebt das Bayerische Oberste Landesgericht in seiner **e**ingangs erwähnten Entscheidung hervor, daß das Obergericht in diesem Falle das tatsächliche Vorliegen der Zurechnungsunfähigkeit nachprüfen dürfe, obwohl das Rechtsmittel auf die Fahrerlaubnisentziehung beschränkt sei und obwohl die Zurechnungsunfähigkeit an sich eine formale Voraussetzung bilde. Denn sonst seien dem Verurteilten, der ja gegen die Schuldfrage wegen des Freispruchs nicht vorgehen könne, jegliche Einwendungen gegen die Grundlage der Fahrerlaubnisentziehung abgeschnitten. Die Sachlage ist hier eine andere als bei § 42 b StGB. Dort bedeutet die Zurechnungsunfähigkeit ein im Rahmen der Sicherungsfrage noch einmal selbständig nachprüfbares Merkmal. Der Beschwerdeführer kann dort also sämtliche Voraussetzungen seiner Unterbringung nachprüfen lassen, ohne sich aus dem Bereich der Sicherungsfrage zu entfernen. Will er dagegen hier alle Erfordernisse der Maßregel auf ihre tatsächliche Richtigkeit untersucht wissen, so ist ihm dazu der Umweg über die Schuldfrage vorgeschrieben. Denn nur durch eine Anfechtung auch der Schuldfrage kann er das Beschwerdegericht veranlassen, das Vorliegen einer mit Strafe bedrohten Handlung sowie seine Zurechnungsunfähigkeit zu erörtern. Gerade dieser Umweg über die Schuldfrage ist ihm aber wegen des Freispruchs versperrt. Nachdem andererseits jedem Verurteilten das Recht zusteht, eine gegen ihn verhängte Unrechtsfolge auf ihre sämtlichen Voraussetzungen überprüfen zu lassen, kann dies bei einem Freispruch wegen Zurechnungsunfähigkeit nur über die Fahrerlaubnisentziehung geschehen. Bildet sie doch nach

herrschender Meinung die einzige ihn belastende Folge seiner Tat. An der Rechtsnatur dieser ersten Voraussetzung in § 42 m ändert dies jedoch nichts. Insbesondere wird dadurch kein untrennbarer Zusammenhang zwischen Schuldfrage und Sicherungsfrage herbeigeführt. Dies zeigt sich schon daran, daß die anderen Elemente der rechtskräftig entschiedenen Schuldfrage nicht mehr berührt werden. Nur die Zurechnungsunfähigkeit darf in diesem einen Fall trotz der Beschränkung auf die Fahrerlaubnisentziehung untersucht werden, um dem Betroffenen überhaupt die Möglichkeit einzuräumen, sämtliche Voraussetzungen der Maßnahme vor ein höheres Gericht zu bringen. An dem Freispruch selbst ändert dies nichts mehr. Er darf insbesondere nicht aufgehoben werden (1), obwohl es daneben bei der Strafflosigkeit bleibt. Denn die Schuldfrage ist rechtskräftig und damit für die höhere Instanz tabu. Im Grunde genommen handelt es sich also nur um eine Frage der technischen Durchführung der Nachprüfung, nicht um ein Problem der Trennbarkeit. - Das Oberlandesgericht Hamm (2) ist hierin offenbar anderer Meinung. Seiner Ansicht nach soll die ganze Schuldfrage neu aufgerollt werden, obwohl es wegen des Verbots der Schlechterstellung zu keiner Strafe kommen könne. Und zwar deshalb, weil das Rechtsmittelgericht bei Anfechtung der Fahrerlaubnisentziehung deren sämtliche Voraussetzungen nachzuprüfen habe. Dazu gehöre auch die Frage, ob die Zurechnungsunfähigkeit zu Recht angenommen worden sei. Die Zurechnungsunfähigkeit bilde aber wiederum einen Teil der Schuldfrage. Und nachdem diese nicht teilbar sei, komme sie in ihrem ganzen Umfange vor das Beschwerdegericht. Nach der hier vertretenen Auffassung ist schon der Ausgangspunkt dieser Entscheidung unrichtig. Denn das obere Gericht hat gerade die erste Voraussetzung des § 42 m nicht über ihren formalen Charakter hinaus nachzuprüfen, in dem Sinne, daß diese auch tatsächlich gegeben ist. Konsequenterweise müßte dann das Oberlandesgericht bei jeder Rechtsmittelbeschränkung auf die Fahrerlaubnisentziehung zur Neuprüfung der Schuldfrage kommen. Also auch dann, wenn nicht wegen Zurechnungsunfähigkeit freigesprochen, sondern zur Strafe verurteilt ist. Faßt man nämlich die erste Alternative, Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung, so auf, daß deren tatsächliche Verwirklichung im Rahmen der Sicherungsfrage noch einmal untersucht werden muß, dann käme man nach der Ansicht des Oberlandesgerichts zwangsläufig in jedem Falle zur Nachprüfung der Deliktsfrage. Daß dies nicht richtig sein kann, schon mit Rücksicht auf eine eventuell mit angefochtene Strafzumes-

1) Schwarz, Komm. zum StGB § 42 m Anm. 1 B a ist hier anscheinend anderer Meinung. - Dagegen findet sich die hier vertretene Auffassung bei Floegel-Hartung, § 42 m Anm. 14 c.

2) In NJW 1956/560.

sung, ist weiter oben ausgeführt. Zu Unrecht beruft sich das Gericht auf die entsprechende Judikatur zu § 42 b StGB. Dort liegen die Verhältnisse schon insofern anders, als das Merkmal der Zurechnungsunfähigkeit eine selbständige Voraussetzung ist. Ebenso geht der Hinweis auf das schon besprochene Urteil des Bayerischen Obersten Landesgerichts fehl. Dessen Erkenntnis vertritt in seinen entscheidenden Punkten gerade das Gegenteil, indem es zwar eine Nachprüfung der Zurechnungsunfähigkeit erlaubt, aber dennoch die Bindung an den rechtskräftigen Schuldspruch verlangt.

b) Ebensowenig baut die oben in Ziff. 2 genannte Voraussetzung der Fahrerlaubnisentziehung eine Brücke zum Schuldspruch. Die Frage, ob die Handlung bei oder in Zusammenhang mit der Führung eines Kraftfahrzeugs oder unter Verletzung der dem Führer eines Kraftfahrzeugs obliegenden Pflichten begangen ist, gehört nicht zu den Grundlagen eines Schuldspruchs. Wohl können zu diesem Erfordernis des § 42 m entsprechende Feststellungen im Rahmen der Schuldfrage getroffen sein. Schon deshalb, weil im Bereich der Schuldfrage mitunter auch Tatsachen festgestellt sind, die den Schuldspruch gar nicht tragen (vgl. darüber unten im VI. Hauptteil). Es sind dies die Tatumstände, die im weiteren Umkreis der Schuldfragebeantwortung liegen, aber für die Subsumtion unter einen Straftatbestand ohne Bedeutung sind. Der Richter hat diese gelegentlich seiner eigentlichen Feststellungen zur Schuldfrage niedergelegt. Diese festgestellten Tatumstände können jedoch für die Strafzumessung oder, wie hier, für die zweite Voraussetzung des § 42 m wichtig sein. Wenn also das Gericht zur Prüfung dieses zweiten Merkmals der Fahrerlaubnisentziehung auf solche festgestellten Tatumstände zurückgreift, berührt es damit nicht die Tat selbst, wie sie sich im Schuldspruch spiegelt. Damit begründet auch diese weitere Voraussetzung des § 42 m keinen derart engen Zusammenhang mit der Deliktsfrage, daß nur eine einheitliche Beurteilung möglich wäre.

c) Man kann eine solche Verbindung zur Schuldfrage auch nicht dem Grundsatz entnehmen, daß sämtliche Voraussetzungen des § 42 m eine unteilbare Einheit darstellen. Dazu wäre es denknotwendig erforderlich, daß wenigstens eine dieser Voraussetzungen die Brücke zur Schuldfrage schlägt. Daß dies hier nicht zutrifft, ist an dem bisher Ausgeführten sichtbar geworden. Die einzige Kontaktstelle dieser Art hätte eventuell die Nachprüfung der Straftat selbst sein können. Nachdem dieses Merkmal in § 42 m aber nur als ein formales Erfordernis ausgestaltet ist und damit ohne Eintritt in die Schuldfrage überprüft werden kann, scheidet jeder untrennbare Zusammenhang aus. Die Trennbarkeit der Fahrerlaubnisentziehung gegenüber der Schuldfrage darf sonach bejaht werden (1).

Anm. 1) siehe nächste Seite.

2. Die Trennbarkeit gegenüber der Strafzumessung

Die Trennbarkeit der Fahrerlaubnisentziehung in Richtung auf die Straffrage im engeren Sinne wird in der Literatur ziemlich einmütig bejaht (1). Auf dem gleichen Standpunkt steht die Rechtsprechung. Teils wird in den entsprechenden Entscheidungen die Wirksamkeit einer solchen Abtrennung noch mit einigen wenigen Sätzen begründet (2), teils wird sie als selbstverständlich unterstellt (3). Quintessenz dieser Urteile ist meist die formelhafte Wendung, daß die Entziehung der Fahrerlaubnis eben ein selbständig anfechtbarer Urteilsteil sei, über den unabhängig von der erkannten Strafe entschieden werden könne.

a) Ein nur gegen § 42 m gerichtetes Rechtsmittel kann einmal darauf fußen, daß der Verurteilte die Rechtmäßigkeit der Entziehung kritisiert, weil er deren notwendige Voraussetzungen als nicht gegeben ansieht. Genau so kann umgekehrt der Staatsanwalt die Anordnung der bisher unterbliebenen Fahrerlaubnisentziehung beantragen, wenn er deren Erfordernisse für vorliegend erachtet. Zum anderen kann sich die Beschwerdebegründung auch darin erschöpfen, die Dauer der verhängten Maßregel sei zu hoch oder zu niedrig festgesetzt. Diese verschiedenartigen vom Beschwerdeführer behaupteten Fehler zwingen aber das höhere Gericht in jedem Falle, die Frage der Fahrerlaubnisentziehung nach sämtlichen Richtungen zu prüfen. Dies ergibt sich schon aus der einheitlichen Beurteilung aller Voraussetzungen des § 42 m. Um diese Voraussetzungen zu untersuchen, bedarf es keiner Neuprüfung der Strafzumessung.

Anm. 1) von vorher. Seite: So auch BGH in MDR 1954/16 mitgeteilt von Dallinger; OLG Hamburg in DAR 1956/167; ebenso Floegel-Hartung, § 42 m StGB Anm. 14 b. - Anderer Ansicht Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 41.

- 1) Vgl. KMR, § 318 Anm. 3 b dd (4) 4. Abs., S. 1126; Schwarz, Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 B d; Guelde, S. 49; Gage-Sarstedt, S. 48 unter Hinweis auf eine unveröffentlichte BGH-Entscheidung; Bruns in GA 1954/192; Weigelt in DAR 1956/73 und 215; Rödding, S. 1342. - A. A. Hartung in NJW 1955/1332-33; während er in Floegel-Hartung, § 42 m Anm. 14 b offenbar der herrschenden Ansicht zuneigt.
- 2) BGH in MDR 1954/16 mitgeteilt von Dallinger; BGH 6, 183 = DAR 1954/208; OLGe Schleswig in SchlHA 1954/261; Neustadt in VRS 10/123; Hamburg in DAR 1956/167.
- 3) BGH 7, 165; BGH in GA 1953/119; OLG Stuttgart in NJW 1955/431.

Bei der ersten Voraussetzung des § 42 m - Verurteilung zu einer Strafe wegen einer strafbedrohten Handlung - kommt schon wegen deren formaler Natur eine Berührung mit der Straffrage nicht in Betracht. Es genügt die äußerliche Bedingung, daß der Täter zu Strafe verurteilt ist (1). Ob die Höhe dieser Strafe dem Maß seiner Schuld auch wirklich entspricht, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Noch weniger braucht das Gericht den Blick auf die Straffrage zu richten, wenn es prüft, ob die Handlung bei oder in Zusammenhang mit der Führung eines Kraftfahrzeugs usw. begangen worden ist. Über dieses Merkmal kann nur an Hand gewisser Tatumstände entschieden werden.

Bleibt noch als letzte Voraussetzung: , wenn der Angeklagte "sich durch die Tat als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erwiesen hat"; also jener Konditionalsatz, der gewisse vorausschauende Überlegungen notwendig macht und damit die Fahrerlaubnisentziehung zur Sicherungsmaßregel stempelt. Gibt man diesem Passus - entsprechend anderen Sicherungsmaßregeln - das weitere, aber ungeschriebene Tatbestandsmerkmal bei: und wenn dies erforderlich ist, um die Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung zu schützen (2), so könnte man eventuell auf diesem Wege doch zur Straffrage gelangen. Die Prüfung der Erforderlichkeit würde dann verlangen, auszuforschen, ob der mit der Strafe verfolgte Zweck am Ende des Strafvollzuges erreicht ist und die Maßregel nicht mehr notwendig macht. Diese Erwägung scheitert aber an verschiedenen Punkten.

Schließt man sich der jetzt herrschenden Meinung über die Auslegung dieses dritten Tatbestandsmerkmals in § 42 m an, so ist für Untersuchungen über die mögliche Besserung des Täters durch den Strafvollzug kein Platz (3). Nach die-

1) So BGH 6, 394 = NJW 1952/72.

2) So auch Schönke - Schröder, § 42 m Anm. 3; Schmidt - Leichner, S. 1850; Hartung in JZ 1954/138.

3) Vgl. die Kontroverse über die Interpretation des dritten Tatbestandsmerkmals in § 42 m. - Erste Auffassung: Mit der Bejahung der Ungeeignetheit wird die Gefährdung der Allgemeinheit unwiderleglich vermutet; so BGH 5, 168; BayObLG in NJW 1954/1337 unter Zustimmung von Bruns in GA 1954/166 ff.; Lackner, S. 74. - Zweite Auffassung: Außer der Nichteignung des Täters ist immer besonders zu prüfen, ob er für die Allgemeinheit gefährlich und ob die Maßnahme erforderlich ist; so BGH in NJW 1954/400; NJW 1954/1167; NJW 1954/1536; OLG Düsseldorf in NJW 1954/165; gleicher Meinung Hartung in JZ 1954/137 und NJW 1954/1337; Schmidt - Leichner, S. 1850. - Für die Praxis wurde der Meinungsstreit beigelegt mit der Entscheidung BGH 7, 165 = NJW 1955/557 (mit zustimmender Anm. von Schmidt - Leichner) = JZ 1955/248 = L. - M. Nr. 13 zu § 42 m StGB = DAR 1955/88 = VRS 8/281;

ser Auffassung sind in der Feststellung "ungeeignet" zugleich begrifflich die Merkmale "Gefährlichkeit" und "Erforderlichkeit" enthalten, bezogen auf den Zeitpunkt der Urteilsfindung (1). Einer besonderen Prüfung der Notwendigkeit der Fahrerlaubnisentziehung bedarf es also nicht mehr. Sie ist in dem Gesichtspunkt "Nichteignung" schon mit inbegriffen. Deshalb, und weil außerdem als maßgebender Zeitpunkt die Urteilsfindung in Betracht kommt, entfallen auch besondere Erwägungen über die Besserung durch Strafverbüßung. Denn die Besserung durch Strafe und ein damit verbundener Wegfall der Erforderlichkeit müßten zeitlich für das Ende des Strafvollzuges prognostiziert werden. Und gerade dieser Zeitpunkt ist für die Anordnung der Fahrerlaubnisentziehung nicht entscheidend. Haben somit Besserungserwägungen im Bereich der Entziehung nichts zu suchen, so ist von vornherein jede Verbindung zur Straffrage ausgeschlossen. -

Selbst wenn man dieser Auslegung des Merkmals "ungeeignet" nicht zustimmen, vielmehr eine gesonderte Nachprüfung der Erforderlichkeit der Maßnahme verlangen würde, käme man dennoch nicht zu einem etwa angestrebten untrennbaren Zusammenhang zwischen beiden Urteilsteilen. Zwar würde dann im Rahmen der Erforderlichkeits-Prüfung der Besserungsgesichtspunkt ins Blickfeld rücken. Damit wäre das Gericht aber noch nicht gezwungen, in das Gebiet der Straffrage vorzustoßen, weil die Besserungsmomente im Bezirk der Sicherungsmaßregel unter einem zeitlich späteren Aspekt beurteilt werden. Im Abschnitt über die Sicherungsverwahrung ist dies bereits ausführlich dargelegt (siehe oben Seite 136 ff.).

Ergebnis: Von den einzelnen Merkmalen des § 42 m führt kein zwingender Weg zur Strafzumessung. Die Voraussetzungen der Fahrerlaubnisentziehung können in der Rechtsmittelinstanz geprüft werden, ohne daß gleichzeitig die Straffrage in Mitleidenschaft gezogen wird. Die Trennbarkeit dieser Sicherungsmaßregel ist deshalb jedenfalls formal zu bejahen.

Forts.: darin wird der ersten Auffassung mit einigen Modifikationen der Vorzug gegeben.

- 1) Übrigens mit Recht; der Begriff "Eignung" (bzw. Nichteignung) bedeutet im Grunde genommen immer eine Zukunftsprognose, die aus gewissen Umständen in Vergangenheit und Gegenwart geschlossen wird; und weiter bringt es die Natur der Sache mit sich, daß ein ungeeigneter Kraftfahrer, wenn er sich in den Verkehr begibt, gefährlich ist.

b) Nun mag es allerdings nicht selten vorkommen, daß Strafhöhe und Fahrerlaubnisentziehung das Resultat einer einheitlichen richterlichen Gesamtüberlegung bilden und demzufolge unter gegenseitiger Berücksichtigung festgesetzt worden sind. Dies um so mehr, als schon Regierungsentwurf und amtliche Begründung zu § 42 m einen Fingerzeig in dieser Richtung geben. Wenn zudem in der Rechtslehre teilweise direkt gefordert wird, beide Unrechtsfolgen zueinander in Beziehung zu setzen, dann erhöht sich damit für den Richter der an sich gegebene Anreiz zur wechselseitigen Verflechtung. Fälle dieser Art wird man besonders dort finden, wo die Dauer der Fahrerlaubnisentziehung eine Rolle spielt.

Hier muß zwangsläufig eine Trennbarkeit ausscheiden. Eine alleinige Erörterung der Fahrerlaubnisentziehung ist dem Rechtsmittelgericht dann möglich, wenn diese über ihre Sicherungsfunktion hinaus Strafzwecken dienlich gemacht worden ist. Erkennt das Beschwerdegericht, daß die Vorinstanz beide Entscheidungsteile derart aufeinander abgestimmt hat, dann darf es die auf § 42 m gerichtete Beschränkung nicht beachten. Der angegriffene Urteilspart ist hier mit dem Strafausspruch so eng verzahnt, daß die Rechtmäßigkeit der Fahrerlaubnisentziehung, mindestens aber deren Dauer, nicht allein nachprüfbar ist. Das untere Gericht hat durch die Art seiner Urteilsfindung einen untrennbaren Zusammenhang zwischen Strafe und Maßregel geschaffen, der eine gesonderte Überprüfung der letzteren unmöglich macht. Dem hat auch das Revisionsgericht im Rahmen der Aufhebung Rechnung zu tragen, wie durch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs bestätigt wird (1).

3. Die Abtrennung des Strafausspruchs gegenüber der Fahrerlaubnisentziehung

Während die Lostrennung der Entziehung in Wissenschaft und Praxis sichtbar wenig Kopfzerbrechen gemacht hat, ist umgekehrt die Absonderung der Strafzumessung vor allem in der Rechtsprechung entschieden ausführlicher behandelt und kritischer angesehen worden (2). Interessant ist dabei, daß alle diese

1) In L.-M. Nr. 7 zu § 42 m StGB; vgl. auch KMR, § 318 Anm. 3 b dd (4) 4. Abs. S. 1126.

2) Vgl. OLGe Hamm in DAR 1954/67 und in NJW 1955/194 = VRS 8/138; Frankfurt in NJW 1955/1331 (mit zustimmender Anm. von Hartung); Braunschweig in NJW 1955/1333 = NdsRpfl. 1955/218 = GA 1956/56; Celle in DAR 1956/77 = VRS 10/210 = NdsRpfl. 1956/78; ferner eingehend Rödding, S. 1342; Floegel-Hartung, § 42 m Anm. 14 b; Weigelt, S. 73.

Entscheidungen eine Beschränkbarkeit ausschließlich auf die Strafhöhe ablehnen. Ob dieser Standpunkt haltbar ist, wird sich zeigen müssen.

a) Das Urteil des Oberlandesgerichts Hamm (1) trägt zur Lösung der Frage nichts bei. Der urteilende Senat dehnt zwar das äußerlich auf die Strafhöhe begrenzte Rechtsmittel auch auf die Fahrerlaubnisentziehung aus. Er tut dies aber offenbar unter dem Eindruck einer genauen Würdigung des Beschwerdevorbringens, wenn er bemerkt: "Die Berufung ist zwar von dem Verteidiger im Einverständnis mit dem Angeklagten auf das Strafmaß beschränkt worden. Das bedeutet aber nicht, daß die Entziehung der Fahrerlaubnis ..., in Rechtskraft erwachsen wäre. Denn mit der Erklärung, die Berufung werde auf das Strafmaß beschränkt, sollte ersichtlich nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß das Urteil der Prüfung durch das Berufungsgericht nur hinsichtlich der verhängten Strafe unterliegen sollte, daß sich der Angeklagte also mit der verhängten Sicherungsmaßnahme abfinden wolle." Demnach handelt es sich um einen typischen Fall der richtigen Rechtsmittelauslegung. Für das hier zu untersuchende Problem ist also nichts gewonnen.

b) Näher am Kern der Dinge liegen drei Entscheidungen der Oberlandesgerichte Frankfurt (2), Braunschweig (3) und Celle (4). Sie lehnen grundsätzlich eine alleinige Anfechtung der reinen Strafzumessung ab, weil in der Regel eine gegenseitige Beeinflussung von Strafe und Maßregel vorliege. Unter Hinweis auf die Begründung der Regierungsvorlage und den schriftlichen Bericht des Bundestagsausschusses betont das Oberlandesgericht Braunschweig, daß schon der Gesetzgeber an eine solche Möglichkeit gedacht habe. Sämtliche Entscheidungen mögen im Ergebnis richtig sein. Die Urteile von Frankfurt und Celle lassen erkennen, daß dort vom Erstrichter tatsächlich eine Verknüpfung von Strafe und Maßregel vorgenommen worden war. Beide Entscheidungen lassen es offen, ob Ausnahmefälle, in denen eine Beziehungnahme Strafe - Maßregel nicht gegeben ist, möglich sind. In den vorliegenden Fällen jedenfalls lagen nach Auffassung der Gerichte solche Ausnahmefälle nicht vor. -

Man wird diesen Urteilen aber wegen ihrer generalisierenden Begründung den Beifall versagen müssen. Es ist ohne Zweifel richtig, daß bei einer gegenseitigen Verbindung beider Entscheidungsteile durch die Vorinstanz eine isolierte An-

1) In DAR 1954/67 Nr. 44.

2) In NJW 1955/1331 mit zustimmender Anmerkung von Hartung.

3) In NJW 1955/1333 = NdsRpfl 1955/218 = GA 1956/56.

4) In VRS 10/210 = DAR 1956/77 = NdsRpfl 1956/78 a. E.

fechtung des Strafmaßes nicht möglich ist. Genau so wenig möglich, wie umgekehrt die ausschließliche Beanstandung der Entziehung. Ob aber eine derartige Verflechtung tatsächlich besteht, ist von Fall zu Fall festzustellen. Es geht jedoch keineswegs an, die wechselseitige Berücksichtigung von Strafe und Entziehung als Regel anzusehen und von ihr a priori auszugehen (1). Zu einer solchen Annahme bieten auch die Gesetzesmaterialien keinen zwingenden Anlaß. Amtliche Begründung und Ausschlußbericht haben lediglich die Möglichkeit einer Verknüpfung ins Auge gefaßt, wie das Oberlandesgericht Braunschweig selbst hervorhebt. Daraus allein läßt sich aber noch nicht der Schluß ziehen, daß die gegenseitige Beziehungnahme geradezu als Ausgangspunkt dienen müsse und womöglich dem Richter zur Pflicht gemacht werde. Wenn Hartung (2) diese Verfahrensweise zum Postulat erhebt, so weicht er damit bedenklich vom Prinzip der Zweispurigkeit des Strafrechts ab. Zwar räumt auch er ein, daß die Fahrerlaubnisentziehung eine Maßregel der Sicherung und Besserung sei und daß für ihre Anordnung nur der Sicherungszweck entscheidend sein dürfe. Indem er aber gleichzeitig verlangt, die vom Betroffenen empfundene Wirkung als Strafe in Rechnung zu stellen, schießt er über das Ziel hinaus. Denn die eben noch zugegebene Rechtsnatur als Sicherungsmaßregel wird dann auf dem Umweg über ihre praktische Anwendung wieder ausgehöhlt. Von der vom Gesetzgeber unzweifelhaft gewollten Zweispurigkeit bleibt danach nicht mehr allzuviel übrig. Es braucht hier nicht abschließend entschieden zu werden, ob eine gegenseitige Einflußnahme überhaupt unzulässig ist, wie beispielsweise Rödding (3) meint. Aber es sollte jedenfalls nicht übersehen werden, daß der Gesetzgeber klar und eindeutig von der Doppelspurigkeit ausgeht. Schließlich ist die Verurteilung zu Strafe nur ein formales Erfordernis der Fahrerlaubnisentziehung. Die Schwere der im Schuldspruch niedergelegten Tat ist - entgegen Oberlandesgericht Celle (4) - gerade nicht entscheidend für die Zulässigkeit und Dauer der Entziehung. Systematik und Aufbau des § 42 m sprechen also durchaus für die Eigenständigkeit der darin vorgesehenen Maßnahme. Sie lassen es nicht zu, die getrennte Festsetzung von Strafe und Maßregel als "Ausnahmefall" zu bezeichnen und deren Verflechtung als Grundsatz an den Anfang zu stellen. Liegen solche Verbindungen tatsächlich vor - und dies mag bei der Fahrerlaubnisentziehung öfters als bei anderen Sicherungsmaßnahmen der Fall sein -, dann hat das Rechtsmittelgericht allerdings eine Beschränkung zu mißachten

1) Vgl. KMR, § 318 Anm. 3 b dd (4) 4. Abs. S. 1126.

2) In DRiZ 1954/28; Floegel-Hartung, § 42 m Anm. 7 e; NJW 1955/1332.

3) In NJW 1956/1342.

4) a. a. O.

und beide Teile nachzuprüfen. Aber nicht deshalb, weil von vornherein eine derartige Verknüpfung zu gemeinsamer Beurteilung zwingt, sondern weil eben im gegebenen Einzelfall die Vorinstanz so verfahren ist. Und genauso wenig bildet die beim Betroffenen entstandene Wirkung der Maßnahme das entscheidende Kriterium für einen Zusammenhang. Ob der Angeklagte selbst die Entziehung als Übel empfindet oder nicht, ist unerheblich. Nur wenn der Erstrichter mit Rücksicht auf diese beim Angeklagten mögliche Nebenstrafwirkung der Maßregel eine gegenseitige Berücksichtigung vornimmt, ist eine Trennung nicht mehr möglich.

Übrigens pflichten sowohl das Oberlandesgericht Braunschweig als auch das Oberlandesgericht Celle umgekehrt der allgemein anerkannten Abtrennung der Fahrerlaubnisentziehung gegenüber der Straffrage durchaus bei. Darin liegt ein seltsamer Widerspruch. Wenn sie schon wegen der Wechselwirkung und des daraus entspringenden untrennbaren Zusammenhangs die Trennbarkeit der Strafzumessung verneinen, dann müßten sie - in Konsequenz dessen - denselben Standpunkt auch bei der Entziehung einnehmen. In der Tat vertritt Hartung - von seinem Blickwinkel aus völlig folgerichtig - diese Auffassung (1). Die differenzierte Meinung der beiden Oberlandesgerichte leuchtet indessen wenig ein. Man kann nicht die Trennbarkeit der Fahrerlaubnisentziehung bejahen und sie umgekehrt hinsichtlich der Strafzumessung nur deshalb verneinen, weil eine gegenseitige Verflechtung bestehe (2).

c) Dagegen scheint ein anderes Argument, mit dem das Oberlandesgericht Hamm (3) die alleinige Trennbarkeit des Strafausspruchs leugnet, bei erster Betrachtung wesentlich durchschlagskräftiger zu sein. Das Gericht geht von der Tatsache aus, daß die Maßnahme aus § 42 m die Verurteilung zu einer Strafe voraussetze. Damit hänge aber die Fahrerlaubnisentziehung von dem Bestande des Strafausspruchs ab und könne nicht für sich allein rechtskräftig werden (4). Diese Ansicht hat zweifellos einiges für sich. Genau so wie die Strafzumessung vom Schuldspruch abhängig ist, baut die Entziehung auf dem Vorhandensein einer Strafe auf. Und genau so wie der Angriff auf die Schuldfrage den Strafausspruch miterfaßt, müßte nach diesem Grundsatz des Folgezwangs die Anfechtung des Strafmaßes den Entzug der Fahrerlaubnis zu Fall bringen.

1) NJW 1955/1332; in Floegel-Hartung, § 42 m Anm. 14 b scheint er allerdings entgegengesetzter Meinung zu sein.

2) Auch Weigel, S. 73, ist in diesem Punkt nicht konsequent, wenn er einerseits die Trennbarkeit der Entziehung anerkennt und dann im gleichen Atemzuge die Absonderung der Straffrage wegen des untrennbaren Zusammenhangs verneint.

3) NJW 1955/194 = VRS 8/138. (4) siehe nächste S.)

Mit Recht nimmt aber Rödding (1) gegen diese scheinbar zwingende Beweisführung Stellung. Das Verhältnis Schuldfrage - Straffrage läßt sich nicht so ohne weiteres mit demjenigen von Straffrage - Fahrerlaubnisentziehung vergleichen. Zwischen beiden Fällen liegt ein gewisser Unterschied. Bei einer Beanstandung der Straffrage bleibt immerhin der Schuldspruch unangefochten. Damit steht aber rechtskräftig fest, daß der Angeklagte eines Delikts schuldig ist. Und damit steht weiter fest, daß diese Schuldigsprechung eine Strafe nach sich zieht. Welcher Art und Höhe diese Strafe sein wird, ist durch die Bekämpfung der Straffrage wieder offen geworden. Auf jeden Fall kommt es wegen des rechtskräftigen Schuldspruchs zu einer erneuten Straffestsetzung. Dadurch ist der Bestand der Fahrerlaubnisentziehung im Grunde genommen überhaupt nicht angetastet. Ihre erste Voraussetzung - Verurteilung zu einer Strafe - wird so oder so eintreten. Nachdem Art und Höhe der Strafe für § 42 m nicht von Bedeutung sind, ist die Fahrerlaubnisentziehung nicht gefährdet. Es wäre nur dann anders, wenn man wie Hartung eine gegenseitige Abstimmung von Strafe und Maßregel von vornherein dem Gericht zur Pflicht machen würde. Dies ist jedoch nicht anzuerkennen. Liegt also zwischen beiden Teilen ersichtlich kein sonstiger Zusammenhang vor, so ist nicht einzusehen, weshalb der Beschwerdeführer nicht allein die Strafzumessung sollte anfechten können, die ja in jedem Fall zu einer erneuten Straffestsetzung führen muß. Ein Wegfall der Grundlage des § 42 m ist danach ausgeschlossen. Es kommt höchstens zu einer Veränderung dieser Basis. Dies ist aber für die Fahrerlaubnisentziehung ohne Belang. Die gegenteilige Ansicht würde oft in völlig unwirtschaftlicher Weise zu einer unnötigen Neuprüfung der Fahrerlaubnisentziehung führen, obwohl dies weder die Beteiligten wünschen noch ein rechtliches Bedürfnis dazu besteht. Unnützer Leerlauf sollte jedoch in jedem Prozeß vermieden werden.

d) Damit ist erwiesen: In denjenigen Fällen, in denen die Vorinstanz keine Verknüpfung von Strafe und Fahrerlaubnisentziehung vorgenommen hat, ist kein Hindernis sichtbar, das einer alleinigen Anfechtung der Strafzumessung im Wege steht. Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Verurteilte können lediglich den reinen Strafausspruch angreifen und gleichzeitig die Maßregel nach § 42 m von diesem Rechtsmittel ausklammern (2).

Forts.: 4) Auch im Urteil des OLG Frankfurt in NJW 1955/1331 klingt dieser Gedanke an; gleicher Ansicht Weigelt, S. 73.

1) a. a. O.

2) Vgl. Rödding a. a. O., der die ganze Frage eingehend untersucht und dabei zum gleichen Ergebnis kommt; neuerdings auch BayObLG in NJW 1957/511, aber mit anderer Begründung.

VII. DIE SONSTIGEN SICHERUNGSMASSNAHMEN

Mit den in § 42 a StGB aufgezählten Maßregeln der Sicherung und Besserung erschöpft sich der Katalog dieser vom Gesetzgeber geschaffenen Reaktionsmittel keineswegs. Vielmehr werden bei Durchsicht der geltenden Gesetznormen noch verschiedene derartige Maßnahmen erkennbar. Nachdem diesen im Bereich der Rechtsmittelbeschränkung weniger Problematik und Bedeutung zukommt, mag eine kürzere Behandlung genügen.

1. Die Unbrauchbarmachung

Die in § 41 StGB (1) geregelte gänzliche oder teilweise Unbrauchbarmachung bestimmter Gegenstände wird von der herrschenden Meinung nicht als Strafe, sondern als vorbeugendes Sicherungsmittel gesehen (2). Ihr rechtspolitischer Zweck ähnelt sehr dem der Einziehung, soweit diese den Charakter einer Sicherungsmaßnahme trägt; wenngleich gewisse Unterschiede nicht zu übersehen sind. Die Unbrauchbarmachung hat zur Voraussetzung, daß der Inhalt einer Schrift, Abbildung oder Darstellung strafbar ist. Bedeutsam daran ist, daß die Strafbarkeit auf den Inhalt einer Schrift usw. abgestellt wird. Die Strafbarkeit des Urhebers dieser Schrift ist also nicht erforderlich. Es genügt, wenn die objektiven äußeren Merkmale eines Straftatbestandes durch den Inhalt der Schrift verwirklicht worden sind. Ist dies der Fall, dann sind die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 41 gegeben (3).

Wissenschaft und Praxis haben sich mit der Trennbarkeit dieser Maßnahme bisher kaum nennenswert beschäftigt. Lediglich zwei Entscheidungen des Reichsgerichts haben der Frage eine gewisse Beachtung gewidmet (4). In beiden Fällen war aber der Angeklagte aus Mangel am subjektiven Tatbestand freigesprochen worden, so daß die Unbrauchbarmachung als einzige Belastung übrigblieb. In solchen Fällen, in denen eine Schuld des Angeklagten nicht feststellbar ist, wird bekanntlich auf einen entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft das bisher gegen eine bestimmte Person gerichtete Verfahren in das sogenannte ob-

- 1) Daneben noch in §§ 14 Geschmacksmustergesetz, 30 Warenzeichengesetz, 42 ff. Literatururhebergesetz.
- 2) So z. B. BGH 5, 178; BGH v. 24. 9. 1953 in MDR 1953/721 mitgeteilt von Dallinger; Olshausen, § 41 Anm. 1; Leipz. Komm. (Jagusch), § 41 Anm. I; Schönke-Schröder, § 41 Anm. I; Schwarz, Komm. z. StGB § 41 Anm. 1; Kohlrausch-Lange, § 41 Anm. I; Maurach, Allg. Teil S. 724; Welzel, S. 208; H. Mayer, S. 397; Sauer, S. 269 bezeichnet sie als Nebenfolge, während Mezger, Lehrb. S. 493 grundsätzlich den

jektive Strafverfahren gemäß § 42 StGB übergeleitet und selbständig auf Unbrauchbarmachung erkannt (1). Daß gegen diesen - und nur gegen diesen - Ausspruch ein Rechtsmittel des Betroffenen zulässig und möglich ist, und daß die Freisprechung des Angeklagten davon nicht berührt wird, ist in den beiden genannten Urteilen bejaht. Dieses Ergebnis darf man nach den bisher gesammelten Feststellungen wohl als selbstverständlich betrachten.

Ebenso eindeutig muß aber auch einer Trennbarkeit der Unbrauchbarmachung dort zugestimmt werden, wo der Angeklagte schuldig gesprochen und zu einer Strafe verurteilt worden ist, wo also Strafe und Unbrauchbarmachung nebeneinander stehen. Das ergibt sich schon aus den tatbestandlichen Erfordernissen des § 41. Nachdem es dort lediglich auf den strafbaren Inhalt einer Schrift etc., also auf einen objektiven Deliktstatbestand ankommt, bedarf es zur Feststellung dieses Merkmals keines Eingehens auf die Schuld- oder Straffrage. Schon deshalb nicht, weil Schuld- und Strafausspruch in jedem Falle das gesetzwidrige schuldhaftes Verhalten eines Täters, das heißt, eines Menschen, zum Gegenstand haben. Schuld momente spielen aber gerade im Bereich der Unbrauchbarmachung keine Rolle. Hier geht es allein um das objektiv Strafbare. Freilich kann nicht geleugnet werden, daß der strafbare Inhalt einer Schrift letztlich auf menschliches Verhalten zurückzuführen ist. Strafbare kann nur menschliches Tun oder Unterlassen sein. Von Menschenhand hervorgebrachte Gegenstände als solche sind rein logisch nicht strafbar. Diese begriffliche Reduzierung des Ausdrucks "strafbar" auf menschliches Verhalten darf aber nicht dazu verleiten, auf diesem Umwege die tatbestandliche Voraussetzung des § 41 in Beziehung zur Schuld- oder Straffrage zu setzen. Schließlich ist die Unbrauchbarmachung kein Sicherungsmittel, das gegen eine Person gerichtet ist, sondern das bestimmte Gegenstände sicherungshalber aus dem Verkehr ziehen will. Objekt dieser Maßnahme sind Gegenstände bestimmter Art, Daß deren Inhalt strafbar, oder anders ausgedrückt, durch strafbares, also menschliches Verhalten entstanden ist, nötigt nicht dazu, diese Strafbarkeit an schuldhaftem Handeln zu messen. Ist das Schuldhaftes, das hinter diesem Strafbaren steht, ohne Bedeutung für Unbrauchbarmachung, so bedarf es zu deren Erörterung auch keiner Nachprüfung der Schuldfrage oder der Straffrage. Dies zwingt zu dem Ergebnis, daß eine

Forts.: Strafcharakter unterstreicht.

3) Vgl. RG 30,198; 36, 146; BGH v. 24. 9. 1953 in MDR 1953/721 mitgeteilt von Dallinger.

4) RG 33, 17 (22); 61, 293.

1) Vgl. BGH v. 24. 9. 1953 in MDR 1953/721 mitgeteilt von Dallinger.

alleinige Anfechtung der Maßnahme nach § 41 ohne weiteres zulässig und möglich ist. Zur Prüfung der Frage, ob eine Unbrauchbarmachung auszusprechen ist oder nicht, braucht die Rechtsmittelinstanz weder Schuld- noch Strafausspruch anzutasten.

Gleichermaßen kann umgekehrt nur eine verhängte Strafe angefochten und die daneben angeordnete Unbrauchbarmachung hingenommen werden. Strafe und Maßregel stehen ersichtlich in keinem die Trennbarkeit hindernden Zusammenhang. Keine ist von der anderen abhängig. Dies zeigt sich schon daran, daß die Unbrauchbarmachung auch im Falle einer Freisprechung nach §§ 41, 42 StGB verfügt werden kann. Von der Unbrauchbarmachung führt kein Weg zur Strafzumessung, so daß auch umgekehrt die letztere ohne Berührung der Sicherungsmaßnahme festgesetzt und nachgeprüft werden kann.

2. Die Polizeiaufsicht

Über die Rechtsnatur der Polizeiaufsicht besteht auch heute noch keine volle Einmütigkeit. Die weitaus überwiegende Meinung mißt ihr jedoch den Charakter einer vorbeugenden Sicherungsmaßnahme bei (1). Nachdem dieser Streit die vorliegende Arbeit nur hinsichtlich der systematischen Gliederung beeinflusst, bedarf es keiner ausführlichen Stellungnahme dazu. Der Anschluß an die herrschende Meinung mag genügen.

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Polizeiaufsicht ist, daß erstens eine Freiheitsstrafe verhängt ist und daß zweitens die jeweilige Strafnorm die Maßnahme ausdrücklich vorsieht (2). Dann kann - nicht muß - das Gericht die Polizeiaufsicht für zulässig erklären. Der Ausspruch des Gerichts kann aber nur dahin gehen, daß eine Polizeiaufsicht zulässig ist. Ihre Anordnung selbst sowie die Durchführung obliegen den Regierungspräsidien als Landespolizeibehörden gemäß § 38 Abs. 2 StGB (in Bayern seit 1. 1. 1957 den kreisfreien Gemeinden oder den Landratsämtern gemäß Art. 45 Abs. 1 Landesstraf- und Verordnungsgesetz). Um festzustellen, ob diese beiden Prämissen gegeben sind, genügt

1) So anscheinend auch das Reichsgericht seit 11 J 121/26 v. 2. 2. 1928 (zit. nach Leipz. Komm. § 38 Anm. 1) entgegen seiner früheren Ansicht; vgl. ferner Olshausen, § 38 Anm. 1; Leipz. Komm. (Jagusch), § 38 Anm. 1; Schönke-Schröder, § 38 Anm. I; Kohlrausch-Lange, Vorbem. 5 B vor § 13; Maurach, Lehrb. Allg. Teil S. 723; Welzel, S. 208; Sauer, S. 269. - A. A. Mezger, Lehrb. S. 493; H. Mayer, S. 379; Dalcke, § 38 StGB Anm. 1; Schwarz, Komm. z. StGB § 38 Anm. 1, die in der Polizeiaufsicht eine Nebenstrafe erblicken. 2) § 38 StGB; vgl. dazu §§ 85, 98, 248, 256, 262 StGB, 11 Lebensmittelgesetz, 11 Sprengstoffgesetz.

ein Blick auf die Art der festgesetzten Strafe und auf die angewendete Gesetzesnorm. Eine Neuprüfung der Strafzumessung oder gar des Schuldspruchs ist nicht notwendig. Sie bleiben bei der Erörterung der Polizeiaufsicht völlig außer Betracht. Unter diesen Umständen erscheint eine Trennbarkeit der Polizeiaufsicht eigentlich als selbstverständlich. Ein weiteres Eingehen hierauf erübrigt sich also. Dies ist auch vom Reichsgericht in einer älteren Entscheidung unter Berufung auf seine bewährte Generalregel anerkannt worden (1). Ob der Beschwerdeführer in den Gründen seiner Anfechtung die gesetzlichen Voraussetzungen oder die Angemessenheit der fakultativen Polizeiaufsicht rügt, ist unwichtig. In jedem Falle muß das Rechtsmittelgericht wegen der Einheitlichkeit dieser Maßnahme die gesamte Frage der Polizeiaufsicht aufrollen. Bei der Entscheidung darüber findet niemals eine Berührung mit den Erwägungen zur Schuld- oder Straffrage statt.

Inwieweit umgekehrt eine alleinige Anfechtung des Strafmaßes unter Ausklammerung der Polizeiaufsicht wirksam ist, hängt von der Art des Schuldspruchs ab. An sich will es scheinen, daß mit dem Angriff auf die Strafzumessung auch die wesentliche Voraussetzung der Polizeiaufsicht, nämlich das Vorhandensein einer Freiheitsstrafe, ihrer Grundlage beraubt ist; und daß damit zwangsläufig auch die Maßnahme aus § 38 von einem derartigen Rechtsmittel ergriffen wird. Dem wird man aber, wie auch in anderen Fällen, entgegenhalten müssen, daß der Schuldspruch oftmals nur die Festsetzung einer Freiheitsstrafe erlaubt. Ist dies der Fall, dann muß die beanstandete Strafzumessung über kurz oder lang wieder zu einer Freiheitsstrafe führen. Das erste Erfordernis des § 38 ist also nicht in seinem Bestande gefährdet. Ebenso bleibt es durch den in Rechtskraft erwachsenen Schuldspruch bei dem als verwirklicht angenommenen Straftatbestand und damit bei der zweiten Voraussetzung der Polizeiaufsicht. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum in solchen Fällen, in denen trotz Anfechtung der Straffrage die Voraussetzungen des § 38 bestehen bleiben, auch die Polizeiaufsicht von dem Rechtsmittel erfaßt werden soll.

Etwas anderes gilt dann - und zwar sowohl bei alleiniger Bekämpfung der Polizeiaufsicht als auch umgekehrt bei ausschließlicher Anfechtung der Strafhöhe -, wenn beide Unrechtsfolgen unter gegenseitiger Einflußnahme festgelegt worden sind. Eine solche vom Erstrichter vorgenommene Verflechtung bewirkt die untrennbare Verbindung zwischen beiden Entscheidungsteilen und bezieht in den Angriff auf die eine stets auch die andere mit ein.

1) RG 42, 241; gleicher Ansicht schon Voit us, § 368 S. 375; v. Schwarze in HH S. 283 c; Heslenfeld, S. 307; Eckstein, S. 355; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 a.

3. Die Eidesunfähigkeit

Der Ausspruch über die dauernde Unfähigkeit, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, ist eine ausschließlich auf die Eidesdelikte begrenzte Maßnahme (§ 161 StGB). Auch sie wird nach allgemeiner Ansicht als präventives Sicherungsmittel betrachtet (1). Daß sie dem davon Betroffenen wie eine Ehrenstrafe vorkommen mag, ändert daran nichts (2). Die Verhängung dieser Maßnahme wird von einer Verurteilung wegen Meineids bestimmt: "Bei jeder Verurteilung wegen Meineids, mit Ausnahme der Fälle in den §§ 157 und 158, ist auf die dauernde Unfähigkeit des Verurteilten, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, zu erkennen." So der Wortlaut des Gesetzes. Es ist nur die Verurteilung wegen Meineids erforderlich, mithin eine rein formale Voraussetzung. Liegt diese vor, so muß das erkennende Gericht die Eidesunfähigkeit anordnen. Ein Rechtsmittel, das allein diese Maßnahme zum Gegenstand hat, kann sich danach nur mit deren Zulässigkeit an sich beschäftigen. Gleichgültig, ob der Verurteilte die Unzulässigkeit dieser Anordnung behauptet oder ob die Staatsanwaltschaft die unterlassene Verhängung rügt. In jedem Falle kann das Gericht nur prüfen, ob die formalen Erfordernisse zu dieser Maßnahme zwingen oder nicht. Ein Drittes gibt es nicht. Die Prüfung eben dieser Voraussetzungen nötigt jedoch nicht zu einem Übergreifen auf die Schuld- oder Straffrage. Dies kann mit einem Blick am Schuldspruch abgelesen werden. Ob dieser Schuldspruch, das heißt die Verurteilung wegen Meineids, haltbar ist, interessiert für die Eidesunfähigkeit nicht mehr. Es genügt hier die bloße Verurteilung wegen Meineids. Ist es aber möglich, die Voraussetzungen des § 161 allein und ohne Berührung anderer Urteilsteile zu untersuchen, so ist auch ein Rechtsmittel ausschließlich auf diese Maßnahme beschränkbar. (3)

Aber auch in umgekehrter Richtung ist es möglich, nur die wegen Meineids verhängte Strafe anzufechten und gleichzeitig den Ausspruch über die Eidesunfähigkeit bestehen zu lassen. Denn der Ausspruch nach § 161 steht in keinem Abhängigkeitsverhältnis zur ausgeworfenen Strafe. Er ist eine direkte und zwingende Folge

- 1) Für die Rechtsprechung grundsätzlich seit RG 60, 285; vgl. auch Olshausen, § 161 Anm. 3; Leipz. Komm. (Mezger), § 161 Anm. 3; Schönke-Schröder, § 161 Anm. II 2; Kohlrausch-Lange, § 161 Anm. IV; Schwarz, Komm. z. StGB § 161 Anm. 3.
- 2) BGH in NJW 1953/1195.
- 3) So RG in Ztschr. f. Rechtspfl. in Bayern 4/359; gleicher Ansicht Löwenstein, S. 5; Gage-Sarstedt, S. 48 mit Fußnote 287 unter Berufung auf ein nicht veröffentlichtes BGH-Urteil; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 a; KMR, § 344 Anm. 5.

der Schuldigsprechung. Ist die Deliktsfrage mit dem "schuldig eines Meineids" beantwortet, so steht damit auch die Anordnung der Eidesunfähigkeit fest. Dies ergibt sich schon daraus, daß § 161 selbst die Fälle der §§ 157, 158 StGB ausnimmt und nur für die §§ 154, 155 StGB in Frage kommt. Die schuldhaft Verwirklichung eines dieser Tatbestände führt bereits obligatorisch zur Anordnung der Eidesunfähigkeit. Welches Strafmaß der Richter für die Begehung dieses Delikts auswirft, ist ohne Einfluß auf die Maßnahme nach § 161. Dazu kommt, daß eine Schuldigsprechung aus den §§ 154 oder 155 StGB in jedem Falle eine Strafe, und zwar eine Freiheitsstrafe, nach sich zieht. Greift der Beschwerdeführer also die wegen Meineids festgesetzte Strafe an, so steht durch den rechtskräftig gewordenen Schuldspruch endgültig fest, daß es wieder zu einer Strafe kommen wird. Damit ist die Verurteilung wegen Meineids und die Bestrafung hierfür so oder so gesichert. Wird demnach dem Beschwerdegericht nur die Frage unterbreitet, ob die festgesetzte Strafe schuldangemessen ist, dann wird durch eine solche Prüfung die ausgesprochene Eidesunfähigkeit nicht in Mitleidenschaft gezogen. Ihre Zulässigkeit steht fest, mag es auch innerhalb des Strafrahmens noch einige Verschiebungen geben. Eine Anfechtung lediglich der Strafzumessung unter Aussparung der verhängten Eidesunfähigkeit ist sonach möglich und wirksam.

FÜNFTER HAUPTTEIL

Sonstige zur Straffrage gehörige Teile

Aufmerksamkeit verdienen schließlich noch verschiedene Einzelpunkte, die in keiner der bisher untersuchten Gruppen unterzubringen sind, die aber dennoch zur Straffrage im weitesten Sinne gehören. Genau besehen umschließt der Kreis dieser Einzelteile der Straffrage eine Vielzahl von Fällen. Jedoch kann auf die detaillierte Darstellung etlicher Einzelprobleme verzichtet werden, weil deren Trennbarkeit ohnehin außer Zweifel steht und allgemein anerkannt ist, wie z. B. für den Rückfall (1), für die Strafmilderung gemäß §§ 157, 158, 163 Abs. 2 StGB (2), für die Strafmilderung nach § 213 StGB (3), für die verminderte Zurechnungsfähigkeit (4). Die folgenden Erörterungen sollen daher auf solche Teile der Straffrage begrenzt bleiben, die auch im Urteilsspruch eine gewisse Selbständigkeit behaupten; das sind die Ersatzgeldstrafe, die Ersatzfreiheitsstrafe, die Frage der Anrechnung einer Untersuchungshaft und die Strafaussetzung zur Bewährung.

-
- 1) Vgl. RG 43, 385; 48, 21; 54, 180; 65, 237; BGH 5, 252 = NJW 1954/441 = MDR 1954/311 = L.-M. Nr. 5 zu § 344 StPO mit zustimmender Anmerkung von Werner; OLG Bremen in NJW 1953/1034; Erbs., Komm. z. StPO § 318 Anm. VI; KMR, § 327 Anm. 2 c bb; Löwe-Rosenberg (Jagus ch), § 344 Anm. 4 a; a. A. Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 21.
 - 2) RG 60, 106; 61, 123; 74, 204; OLG Frankfurt in NJW 1950/615; BayObLG in MDR 1956/247 = NJW 1956/921.
 - 3) RG 69, 110 (114); BayObLG 1951/110; a. A. Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 22.
 - 4) RG 69, 110; 69/314 (318); 70, 266; dazu eingehend und überzeugend Niet-hammer, S. 123/124. - Gegenteiliger Ansicht Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 18 (mit einer Zusammenstellung der Meinungen), der allerdings davon ausgeht, daß § 51 Abs. 2 ein Bestandteil der Schuldfrage ist.

I. DIE ANRECHNUNG DER UNTERSUCHUNGSHAFT

Die Erörterung der Frage, ob ein wirksamer Rechtsmittelangriff allein auf die Anrechnung oder Nichtanrechnung der Untersuchungshaft abzielen kann, muß fast zwangsläufig auf das Wesen dieses Entscheidungsteiles und auf seinen Standort im Bereich der Urteilsfindung zurückführen. Erst die Betrachtung seiner Beziehungen zu anderen Urteilelementen gibt den Blick auf die Trennbarkeit frei.

1. Dabei ist vorweg zu betonen, daß zwischen der Entscheidung über eine Anrechnung der Untersuchungshaft und der Deliktsfrage keine Zusammenhänge bestehen. Ob Untersuchungshaft anzurechnen ist oder nicht, hat mit der schuldhaften Verwirklichung bestimmter Straftatbestände nichts zu tun. Welcher Art die strafbare Handlung und die darin gezeigte Schuldintensität ist, ob Vergehen oder Verbrechen, ob vorsätzlich oder fahrlässig begangen, ob der Schuldspruch überhaupt richtig gefällt ist, interessiert für die Anrechnung nicht. Sie wird an Umständen gemessen, die außerhalb der eigentlichen Tat, zeitlich meist nach ihr, liegen. Eine auf die Anrechnung beschränkte Beschwerde läßt also den Schuldspruch völlig aus dem Spiel.

2. Weniger plastisch zeichnet sich das Verhältnis Strafausspruch - Anrechnung der Untersuchungshaft ab. Die alleinige Abtrennung der Anrechnung gegenüber dem eigentlichen Strafausspruch hat schon deshalb an Bedeutung gewonnen, weil nach der neueren Rechtsprechung jedes Urteil eine Stellungnahme zur Frage der Anrechnung der erlittenen Untersuchungshaft enthalten muß (1). Die

1) Z. B. RG in DJ 1939/1665; RG in HRR 1939 Nr. 340; BGH 3, 327 (330); OGH 1, 150 = SJZ 1949/422 = NJW 1949/189; OLG Oldenburg in JZ 1952/753 mit zustimmender Anm. von Württenberger, OLG Koblenz in SJZ 1947/441 = HEst 1, 101; ferner Leipz. Komm. (Jagus), § 60 Anm. VI; Schönke-Schröder, § 60 Anm. V 1.; Löwe-Rosenberg (Geier), § 267 Anm. 10 c 3. Abs. S. 702; KMR, § 267 Anm. 9 B b; Württenberger, in SJZ 1952/545 ff.; Niederreuther in DJ 1940/611, Erbs. Komm. z. StPO § 267 Anm. XI; Kohlrausch-Lange, § 60 Anm. V.

herrschende Meinung erblickt in der Anrechnung einen Teil der Strafzumessung im weiteren Sinne (1). Präziser und weniger mißverständlich wird man von ihr als einem Teil der Straffrage sprechen können (2). Als solcher steht sie mit der eigentlichen Strafbemessung nur in sehr bedingtem Zusammenhang. Denn ehe das Gericht über die Frage der Anrechnung entscheidet, muß die Höhe der Strafe feststehen. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut des Gesetzes, der von einer Anrechnung auf die "erkannte" Strafe spricht. Auch Zweck und Ziel der Anrechnung von Untersuchungshaft gebieten es, diese nicht zum Ausdrucksmittel einer tatbestandlichen Schuld werden zu lassen. Die für die Anrechnung oder Nichtanrechnung entscheidenden Gesichtspunkte liegen auf anderer Ebene. Dies hat der Bundesgerichtshof (3) im Einklang mit dem überwiegenden Schrifttum (4) erst in jüngster Zeit wiederholt betont und überzeugend nachgewiesen. Früher waren die Ansichten hierüber geteilt und nicht immer ganz klar; so wenn z. B. die Anrechnung als ein Teil der "bestimmenden" Strafzumessungsgründe angesehen oder ihre Unabhängigkeit von der Strafhöhe zwar formell anerkannt, sie aber dennoch der Sache nach als Strafzumessungsgrund erachtet wurde (5). In

-
- 1) RG 59, 232; BGH in JZ 1952/543; BGH 7, 214 = NJW 1955/557 = MDR 1955/306 Nr. 313 = JR 1955/187 (nur Leitsatz) = JZ 1955/383 mit ablehnender Anmerkung von Würtenberger = L.-M. Nr. 6 zu § 60 StGB; OGH 2, 219; OLG Bremen in NJW 1951/286; OLG Oldenburg in JZ 1952/753 mit zustimmender Anm. von Würtenberger = NdsRpfl. 1952/176; Olshausen, § 60 Anm. 9 a; Leipz. Komm. (Jagus ch), § 60 Anm. I 1; Schwarz, Komm.z. StPO § 267 Anm. 2 B; KMR, § 267 Anm. 9 B b; Löwe-Rosenberg (Geier), § 267 Anm. 10 c 3. Abs., S. 702; Niederreuther in DJ 1940/611; Ackermann, S. 367; Würtenberger in JZ 1952/545, 753; JZ 1956/695.
 - 2) So Schwarz, Komm.z. StGB § 60 Anm. 1; Niethammer in SJZ 1948/700 als Anm. zu OLG Hamburg in SJZ 1948/699; Seibert, S. 288.
 - 3) BGH 7, 214 = NJW 1955/557 = MDR 1955/306 Nr. 313 = JR 1955/187 = JZ 1955/383 = L.-M. Nr. 6 zu § 60 StGB; BGH in NJW 1956/1164 = MDR 1956/561 = JZ 1956/695; vgl. auch BGH in NJW 1954/40; ferner BayObLG in NJW 1956/921 = MDR 1956/247.
 - 4) Leipz. Komm. (Jagus ch), § 60 Anm. I 1; Olshausen, § 60 Anm. 7; KMR, § 267 Anm. 9 B b; Niethammer in SJZ 1948/700 als Urteilsanmerkung zu OLG Hamburg SJZ 1948/700.
 - 5) Vgl. RG 59, 232; OGH 1, 174; OLG Oldenburg in JZ 1952/753 = NdsRpfl. 1952/176.

jüngster Zeit hat sich vor allem Würtenberger (1) erneut zum Wortführer dieser Gegenmeinung gemacht. Für ihn sind "Strafe und Untersuchungshaft im Gesamtkontext der richterlichen Urteilsfindung fast unlösbar verbunden". Seiner Auffassung nach muß das Gericht schon bei Festsetzung der Strafe die Anrechnung der Untersuchungshaft in Rechnung stellen (2). Nur so sei es dem Richter möglich, "eine gerechte und der Tat wie der Persönlichkeit angemessene Strafgröße zu finden". Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs dürften aber der von Würtenberger geäußerten Kritik standhalten (3). Die Anrechnung der Untersuchungshaft hat mit der eigentlichen Strafzumessung als Ausdrucksform des Schuldgrades nichts gemein. Sie ist nur eine Entscheidung über die tatsächliche Verbüßung der erkannten Strafe. Denn ob mit der erlittenen Untersuchungshaft ein Teil der festgesetzten Strafe als abgegolten bestimmt wird, ist letztlich nur eine Frage des Strafvollzuges. Vom begrifflichen Standpunkt aus handelt es sich danach um zwei gänzlich getrennte Komplexe. Wenn Würtenberger (4) die Zusammengehörigkeit von Strafe und Anrechnung darin erblickt, "daß die Anrechnung der Untersuchungshaft als Teilmoment einer umfassenden, alle Rechtsfolgen der Tat würdigenden Bemessung der Rechtsfolgen angesehen werden kann", so müßte er in Konsequenz davon sämtliche Unrechtsfolgen, also auch Nebenstrafen, Sicherungsmaßnahmen und sonstige Nebenfolgen, als Teilmomente eben dieser umfassenden Bemessung der Rechtsfolgen der eigentlichen Strafzumessung unterordnen und für nicht trennbar erachten. Diese an sich geradlinige Fortsetzung macht Würtenberger bezeichnenderweise aber nicht, wenn er am Ende seiner Urteilsbesprechung der Sicherungsverwahrung in der Regel die Trennbarkeit bescheinigt. Allerdings ist zuzugeben, daß die Erwägungen, die im Rahmen der Anrechnung bedeutsam sind, oft sehr nahe an die der eigentlichen Strafzumessung zugrundeliegenden Überlegungen heranreichen. Dies vor allem

1) JZ 1952/545, 753; JZ 1955/385; JZ 1956/695.

2) So anscheinend auch OLG Oldenburg in JZ 1952/753 = NdsRpfl. 1952/176.

3) Soweit Würtenberger in JZ 1955/385 glaubt, der BGH berufe sich in JZ 1952/383 zu Unrecht auf den Leipz. Komm., irrt Würtenberger selbst. Jagusch betont nämlich dort in Anmerkung I 1 zu § 60 ausdrücklich, daß die erkannte Strafe feststehen müsse, ehe an die Untersuchung der Anrechnung herangetreten werden könne. Dies deckt sich genau mit der Auffassung des BGH und steht im Widerspruch zu der von Würtenberger vertretenen Meinung.

4) In JZ 1955/385.

dann, wenn man in der Anrechnung mehr als nur eine Prämie für positives Verhalten des Angeklagten nach der Tat sieht, sie vielmehr auch dem Gedanken unterordnet, wie weit der mit der ausgeworfenen Strafe verfolgte Zweck in der Untersuchungshaft schon erreicht ist. Trotzdem ist dies kein Anlaß, die Dauer der Untersuchungshaft von vornherein in die Bemessung der Strafe einzukalkulieren. Maßstab für die Strafhöhe sind die Tatschuld, die in Erscheinung getretene verbrecherische Intensität des Täters sowie all die vielfältigen Strafzumessungserwägungen in Verbindung mit den verschiedenen Strafzwecken wie Sühne, Vergeltung, Besserung usw. In welchem Ausmaß diese Strafzwecke bereits durch eine erlittene Untersuchungshaft konsumiert sind, kann der Richter ohne weiteres bei der Anrechnung durch eine retrospektive Betrachtung feststellen. Wollte man die Anrechnung schon bei der eigentlichen Strafzumessung berücksichtigen, so müßte man außerdem Gesichtspunkte heranziehen, die für die Strafhöhe keinesfalls von Einfluß sind. Denn ob der Angeklagte beispielsweise die Untersuchungshaft verschuldet hat (also wegen Verdunkelungsgefahr oder Fluchtverdacht), liegt außerhalb jeglicher Strafbemessung. Dies hieße sein Verhalten nach der Tat, soweit es als Grundlage für die Untersuchungshaft diene, mit in die Strafzumessungserwägungen einzubeziehen. Damit wäre letzten Endes ein Fluchtverdacht, dem allein mit der Anordnung der Untersuchungshaft begegnet werden darf, zum Strafzumessungsgrund erhoben. Daß dies nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand. Allerdings räumt auch der Bundesgerichtshof ein (1), daß Ausnahmefälle möglich sind. Sie mögen insbesondere dann vorliegen, wenn Dauer und Folgen der Untersuchungshaft nicht mehr allein auf das Verhalten des Angeklagten zurückzuführen sind, sein Verschulden an der Untersuchungshaft also diese nicht mehr in vollem Maße deckt.

In praxi mag es freilich nicht selten vorkommen, daß ein Gericht unter dem Eindruck gewisser Annäherungspunkte Strafzumessung und Anrechnung miteinander verquickt und so beide Entscheidungen auf Grund einer einheitlichen Überlegung fällt, indem es die Anrechnung a priori mit der Strafzumessung kompensiert (2). Dann sind allerdings beide Urteilelemente derart ineinander verflochten, daß sie nur gemeinsam nachgeprüft werden können.

3. Geht man unter diesen Aspekten an die Trennbarkeit der Anrechnungsfrage heran, so sollte die Antwort ohne allzu große Schwierigkeiten möglich sein.

Eine Abtrennung wird jedenfalls dann nicht in Frage kommen, wenn das untere Gericht Strafe und Anrechnung von vornherein unter einem einheitlichen Gesichtspunkt betrachtet und entschieden hat. Beide Urteilsbestandteile sind dann

1) BGH 7, 214.

2) Vgl. Seibert, S. 288.

so miteinander verknüpft, daß der Angriff auf die Anrechnungsfrage notwendig auch die Strafzumessung selbst erfaßt. Dem Rechtsmittelgericht, dem nur die Anrechnung zur Nachprüfung unterbreitet ist, bzw. dem Revisionsgericht, das lediglich die Anrechnung zur abermaligen Überprüfung zurückverweisen will, wird es danach obliegen, erst einmal festzustellen, ob die Vorinstanz eine Anrechnung der Untersuchungshaft schon bei Ausmessung der Strafe ins Auge gefaßt hat. Je nach dem Ergebnis dieser Prüfung wird es sich zeigen, inwieweit die auf die Anrechnung beschränkte Beschwerde bzw. Zurückverweisung eventuell auch das Strafmaß ergreift. Ob eine derartige Verflechtung generell zulässig ist, braucht das Beschwerdegericht in diesem Zusammenhang nicht zu interessieren. Es genügt, daß die Vorinstanz rein tatsächlich eine solche Verbindung vorgenommen hat, die es verhindert, die Anrechnung abzutrennen und sie separat zum alleinigen Gegenstand einer erneuten Entscheidung zu machen.

a) Erblickt das Rechtsmittelgericht andererseits im konkreten Fall keinen solchen vom Untergericht hergestellten untrennbaren Zusammenhang, dann wird die Begrenzung des Rechtsmittelangriffs auf die Frage der Anrechnung keinen Bedenken begegnen. Die im Regelfall vorhandene Selbständigkeit des § 60 StGB innerhalb des Gesamturteils macht eine alleinige Bekämpfung dieses Urteilspunktes möglich und wirksam. Die Rechtsprechung anerkennt dies seit langem (1). Ihr Standpunkt ist erst in jüngster Zeit vom Bundesgerichtshof in seiner grundlegenden Entscheidung zur Untersuchungshaft nachdrücklich unterstrichen worden (2). Auch das Schrifttum ist fast einhellig dieser Auffassung (3). Lediglich Württemberg (4) vertritt eine gegenteilige Ansicht. Diese rührt aber von seiner prin-

- 1) RG 41, 318; 58, 95; RG in DRiZ 1930 II. Teil Nr. 357; RG 66, 351; 71, 140; BayObLG in NJW 1956/921 = MDR 1956/247; OLG Hamburg in SJZ 1948/699. - Die scheinbar abweichende Entscheidung in RG 59, 231 beschränkt sich nur auf den Bereich der reformatio in pejus; der II. Strafsenat des Reichsgerichts stellt dies am Ende seiner Entscheidung selbst heraus, wenn er betont, daß "Änderungen des Strafmaßes und der Anrechnung auf die Strafe nur im Zusammenhang miteinander beurteilt werden" können, "wo die Frage einer Strafverschärfung oder Straferleichterung zu beantworten ist".
- 2) BGH 7, 214 = NJW 1955/557 = MDR 1955/306 Nr. 313 = JR 1955/187 = JZ 1955/383 = L.-M. Nr. 6 zu § 60 StGB.
- 3) Olshausen, § 60 Anm. 9 b; Leipz. Komm. (Jagusch), § 60 Anm. VI; Dalcke, § 318 StPO Anm. 3; § 344 StPO Anm. 1; Erbs, Komm. z. StPO § 318 Anm. VI; Schwarz, Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 B a b b; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 a; KMR, § 318 Anm. 3 b d d (3), § 344 Anm. 5; Kern, Kurzlehrb., S. 188; Dallinger-Lackner, Vorbem. vor § 55 Anm. 20; Gage-Sarstedt, S. 49 (unter Hinweis auf eine unveröff. BGH-Entschei-

zipiellen Einstellung gegenüber dem Verhältnis von Strafe und Anrechnung her, die ihn notwendigerweise zwingt, eine Teilanfechtung der Anrechnungsfrage nicht zuzulassen.

Dagegen kann zwei Entscheidungen des obersten Gerichtshofs der Britischen Zone (1) nicht beigetreten werden. Beide Urteile halten an sich die Beschränkung auf die Anrechnungsfrage für zulässig und wirksam, indem sie sich auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts berufen. Dennoch kassierte der Gerichtshof in beiden Fällen den ganzen Strafausspruch, also auch das eigentliche Strafmaß, weil nicht auszuschließen sei, daß der Tatrichter nunmehr auch die Strafe selbst anders bemesse. Beide Entscheidungen sind mit den Grundsätzen über Rechtsmittelbeschränkung und Teilrechtskraft nicht vereinbar. Dem Gerichtshof hätten zwei Möglichkeiten offen gestanden: Entweder hätte er die Beschränkung als möglich und wirksam erachtet. Dann hätte es aber auch bei dieser Begrenzung bleiben müssen. Mit der wirksamen Teilanfechtung wäre die Strafzumessung unangefochten geblieben und in Rechtskraft erwachsen. Eine Aufhebung auch des rechtskräftigen Strafmaßes hätte dann nicht mehr erfolgen dürfen. Oder der Gerichtshof hätte von vornherein an Hand der konkreten Sachlage einen untrennbaren Zusammenhang zwischen Straffrage und Anrechnungsfrage angenommen und demzufolge die Beschränkung des Rechtsmittels als unwirksam erachtet. Nur in diesem Falle wäre auch die Strafe als solche in den Sog des Rechtsmittels geraten und für eine Aufhebung frei geworden. Niemals aber hätte beides miteinander verquickt werden dürfen. Man kann nicht einerseits die Beschränkung als wirksam zulassen und andererseits gleichzeitig über sie hinweggehen. Mit der Anerkennung der Trennbarkeit hatte der Gerichtshof selbst den Sperr-Riegel der Rechtskraft vor die erkannte Strafe gesetzt. Diese Rechtskraft wieder zu durchstoßen und auch die Strafzumessung aufzuheben, war unrichtig. Ebenso wenig lassen beide Entscheidungen erkennen, daß sie eine der wenigen Ausnahmefälle beinhalten, die eine Durchbrechung der entstandenen Teilrechtskraft rechtfertigen. Daher bleibt nur der Schluß, daß der Gerichtshof hier beide Male die Teilrechtskraft des Strafmaßes unzulässig beiseite ge-

Forts.: dung); Schlayer, S. 739; Schneider, S. 98; Niederreuther in DJ 1940/611; ders. in JW 1934/2435; Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 32, will eine grundsätzliche Trennbarkeit nicht anerkennen (mit Rücksicht auf die in der Praxis allzu häufig vorkommende Vermischung von Straffestsetzung und Anrechnung), sondern die Lösung von der Lage des Einzelfalles abhängig machen.

4) a. a. O.

1) OGH 1, 95 (104, 105); 1, 150 = NJW 1949/189 = SJZ 1949/422.

schoben hat. Nur wenn er in den Urteilsgründen der Vorinstanz eine Verknüpfung beider Entscheidungselemente gefunden oder wenn es sich um einen der vom Bundesgerichtshof herausgestellten Sonderfälle, in denen wegen besonderer Umstände die Anrechnungsgründe zugleich auch in die Strafzumessungserwägungen hineingreifen, gehandelt hätte, wäre auch die Aufhebung der Strafhöhe in Betracht gekommen. Dann aber hätte auf der anderen Seite, gerade wegen dieses Zusammenhangs, schon die Beschränkung auf die Anrechnungsfrage nicht für wirksam erklärt werden dürfen. Beides läßt sich nicht miteinander vereinbaren, will man am Grundsatz der Teilrechtskraft festhalten.

b) Interessant ist nun, daß zwar die Teilanfechtung der Anrechnungsfrage, von den oben erwähnten besonders gelagerten Fällen abgesehen, allgemein bejaht wird, daß aber die entsprechende Teilaufhebung nicht im gleichen Umfange zum Allgemeingut in Wissenschaft und Praxis geworden ist. Dies beweist eine Reihe von Entscheidungen (1), in denen Revisionsgerichte die unterlassene Anrechnung der Untersuchungshaft bemängeln und gleichzeitig auch den eigentlichen Strafausspruch aufheben, weil nicht auszuschließen sei, daß auch dieser von der fehlerhaften Nichtanrechnung betroffen sei oder daß dieser bei einer nunmehrigen Anrechnung anders gefaßt werde. Auch der Bundesgerichtshof ist in seiner grundsätzlichen Entscheidung (2) an Hand von zahlreichen Urteilen dieses Gerichtshofs der Frage nachgegangen, weshalb im einen Falle auch der Strafausspruch mit aufgehoben worden ist, im anderen Falle dagegen nicht. Er erklärt diese Zwiespältigkeit damit, daß eben in gewissen Fällen ein Zusammenhang bestanden habe. Ein solcher Zusammenhang entstehe aber, so erläutert der erkennende III. Strafsenat weiter, wenn besondere Umstände (z.B. die Dauer) die Untersuchungshaft über den Untersuchungszweck hinaus beschwerlich machen, und zugleich Anrechnungs- und Strafzumessungsgründe bilden. Es ist bereits weiter oben ausführlich dargelegt, daß nur in solchen besonderen Fällen eine gemeinsame Beurteilung von Strafmaß und Anrechnung gerechtfertigt ist. Folgt man dieser Ansicht des Bundesgerichtshofs - sie erscheint einleuchtend und folgerichtig -, dann sind damit die Möglichkeiten eines Ineinandergreifens der beiden Urteilelemente ziemlich genau abgesteckt. Die gegenseitige Abstimmung von Strafe und Anrechnung wird darnach nur in speziell gelagerten Ausnahmefällen möglich sein. Die eingangs erwähnten Entscheidungen fallen darunter nicht. Sie heben den Strafausspruch lediglich deshalb mit auf, weil der Tatrichter in seinem neuerlichen Urteil unter dem Eindruck der Anrechnung möglicherweise auch das Strafmaß ändert. Eine derartige Vermutung ist aber keinesfalls geeignet, einen un-

1) OGH 1, 95 (105); 1, 150 = NJW 1949/189 = SJZ 1949/422; 1, 174; OLG Oldenburg in JZ 1952/753 = NdsRPfl. 1952/176.

2) a. a. O.

trennbaren Zusammenhang zwischen beiden Entscheidungsteilen herzustellen. Darin steckt letzten Endes nichts anderes als die verkappte Aufforderung an den Tatrichter, die Anrechnung schon bei der Strafzumessung einzukalkulieren. Das Oberlandesgericht Oldenburg spricht dies denn auch ganz offen aus, wenn es am Ende seiner Entscheidung bemerkt, die gemeinsame Aufhebung ergäbe sich aus der Möglichkeit, "erlittene Untersuchungshaft auch bei der Bemessung der Strafhöhe zu berücksichtigen". Daß diese Verfahrensweise in der Regel nicht auf dem Wege einer richtigen Urteilsfindung liegt, ist bereits oben dargetan.

Es wäre schließlich auch gar nicht einzusehen, warum die Frage der Trennbarkeit bei der Teilaufhebung anders behandelt werden soll, als bei der Teilanfechtung. In beiden Fällen hängt die Lostrennung der Anrechnung allein vom inneren Zusammenhang mit der Strafzumessung ab. Also müssen auch die Trennungsmöglichkeiten hier wie dort die gleichen sein. Die genannten Urteile sind deshalb unrichtig, soweit sie auch den Strafausspruch dem Berufungsgericht zur neuen Beurteilung zuweisen. Weil die Anrechnung der Untersuchungshaft einen selbständigen Entscheidungsteil darstellt, muß es dabei bleiben, daß diese Frage in aller Regel allein vom Revisionsgericht aufgehoben werden kann, ohne daß der an sich für richtig befundene Strafausspruch in Mitleidenschaft gezogen wird. Nur wenn der Unterrichter beide Teile fehlerhaft miteinander verknüpft hat oder durch einen der sonstigen Ausnahmefälle eine untrennbare Verbindung zwischen Strafhöhe und Anrechnung besteht, hat das Revisionsgericht dem durch eine Aufhebung auch der Strafzumessung Rechnung zu tragen.

Darüber hinaus will der Bundesgerichtshof in seiner bereits mehrfach zitierten Entscheidung den Strafausspruch auch noch dort mitaufgehoben wissen, wo die Beurteilung von Strafe und Anrechnung auf demselben Rechtsfehler beruhen. Als Beispiel nennt der Gerichtshof den Fall, daß das prozessuale Verhalten des Angeklagten in unzulässiger Weise zugleich als Straferhöhungsgrund und als Grund für die Nichtanrechnung verwendet worden ist. Dieser Ausnahmefall dürfte allerdings nur dann eintreten, wenn der Beschwerdeführer mit seinem Rechtsmittel auch die Strafzumessung angegriffen hat. Lediglich dann wäre das Revisionsgericht überhaupt ermächtigt, diesen auch in der Strafzumessung enthaltenen Fehler herauszustellen und ihn der Tatsacheninstanz zur Korrektur zurückzugeben. Ist dagegen allein die Nichtanrechnung bemängelt, so könnte auch das Revisionsgericht die unzulässige Berücksichtigung des Prozeßverhaltens des Angeklagten nur im Bereich der ihm unterstellten Anrechnungsfrage festhalten. Soweit dieser Fehler darüber hinaus auch in der nicht angegriffenen Strafzumessung steckt, bleibt sie dem Revisionsgericht wegen der eingetretenen Teilrechtskraft entzogen. Die Tatsache, daß in beiden Entscheidungsteilen der gleiche Fehler wiederkehrt, enthebt die Anrechnung nicht ihrer prozessualen Selbständigkeit und

begründet keinen untrennbaren Zusammenhang. Denn dies schließt nicht aus, daß über Strafmaß und Anrechnung auf Grund gesonderter Überlegungen entschieden worden ist; nur eben mit der Eigentümlichkeit, daß dem Gericht in beiden Teilen derselbe Fehler unterlaufen ist.

4. Als Ergebnis verdient deshalb festgestellt zu werden, daß die Anrechnung der Untersuchungshaft regelmäßig als selbständiger Urteilsteil zu gelten hat und somit vom eigentlichen Strafausspruch gelöst werden kann. Nur in gewissen Ausnahmefällen ist durch besondere Umstände ein unzerstörbarer Kontakt zwischen beiden entstanden, der unter anderem auch einer Trennung der Anrechnungsfrage entgegensteht.

Daß umgekehrt eine Abtrennung des Strafmaßes unter Ausklammerung der Anrechnungsfrage nicht möglich ist, versteht sich von selbst. Denn das Vorhandensein der Strafe ist schließlich ein unabdingbares Erfordernis für die Erörterung der Anrechnung ("erkannte" Strafe in § 60 StGB). Wie sollte sonst auch über die Anrechnungsfrage entschieden werden können, solange noch nicht bekannt ist, auf welche Strafe die Anrechnung eigentlich zu erfolgen hat?

II. DIE STRAFAUSSETZUNG ZUR BEWÄHRUNG

Im weiteren gilt es jetzt zu untersuchen, ob die Frage der Strafaussetzung zur Bewährung abgetrennt und zum alleinigen Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung gemacht werden kann.

1. Daß die Strafaussetzung ausschließlich im Bereich der Straffrage liegt, ist augenscheinlich (1). Mit der Beantwortung der Schuldfrage hat sie jedenfalls prozessual nichts zu tun. Ein gegen die Strafaussetzung gerichtetes Rechtsmittel läßt also die Schuldfrage gänzlich unberührt.

Weniger deutlich heben sich die Konturen dieses jüngsten kriminalpolitischen Reaktionsmittels von der eigentlichen Strafhöhe ab. In diesem Zusammenhang

1) BGH in NJW 1954/39 (40) = JZ 1954/101 = JR 1954/110; Schönke - Schröder, § 23 Anm. II; KMR, § 260 Anm. 6 B d, § 263 Anm. 7, § 331 Anm. 4; Bruns in GA 1956/202; Hennke in DRiZ 1955/3.

stellt sich die Frage, ob es sich bei der Aussetzung um einen Teil der Straffestsetzung selbst handelt, um **einen** Gesichtspunkt also, der schon bei der eigentlichen Strafzumessung erwogen werden muß. Die Antwort hierauf ist von größter Bedeutung für die Trennbarkeit der Aussetzungsfrage.

2. Damit erweist es sich als notwendig, erst einmal die Rechtsnatur der Aussetzung herauszustellen, um von da aus die Lösung für die Trennbarkeit zu gewinnen.

Das Wesen der Strafaussetzung war anfänglich stark umstritten. So wurde behauptet, es handle sich hierbei um eine Maßnahme der Besserung und Erziehung (1). Eine andere Richtung erblickte in ihr den Ausdruck einer besonderen Straftat (2). Unverbindlich und verschwommen wurde die Aussetzung vielfach auch als "kriminalpolitisches Mittel eigener Art" bezeichnet (3). Auch der Bundesgerichtshof bewertete sie zunächst in vorsichtiger Zurückhaltung nur als "neuartiges Mittel der Strafsanktion" (4). Erst im Laufe der Zeit ist es - nicht zuletzt unter dem Eindruck der grundlegenden Untersuchungen von Bruns (5) - gelungen, die Strafaussetzung dogmatisch einzuordnen und ihre Rechtsnatur einwandfrei festzulegen. So dürfte es heute wohl herrschende Meinung sein, daß die Strafaussetzung zur Bewährung eine Vollstreckungsmodalität der an sich erkannten Freiheitsstrafe darstellt (6). Dies leuchtet auch ein.

-
- 1) Vgl. Sauer, S. 268; Eb. Schmidt in ZStW 64/7; Maurach, Allg. Teil S. 661 sieht die Aussetzung lediglich materiell als Besserungsmaßregel.
 - 2) So vor allem Jagusch, S. 688; Welzel, S. 199; Dallinger, S. 435; Grethlein in DRiZ 1954/213 (in NJW 1953/1895 bezeichnet er sie jedoch als kriminalpolitisches Mittel eigener Art); Maassen in MDR 1954/2 (die anfängliche allgemeine Unsicherheit in der Bewertung der Strafaussetzung zeigt sich übrigens deutlich daran, daß Maassen wenig später vom "ambulanten Strafvollzug" spricht); Hennke in DRiZ 1955/3; ferner OLG Hamm in JMBiNRW 1954/108.
 - 3) Vgl. Dreher-Maassen, § 23 Anm. 1; Kohlrausch-Lange, Vorbem. II 8 vor § 23; Lackner, S. 431; Peters in JZ 1957/64 als Anmerkung zu BGH in JZ 1957/63.
 - 4) BGH in NJW 1954/39 (40) = JZ 1954/101 = JR 1954/110.
 - 5) GA 1956/193 ff.
 - 6) Sinngemäß so BGH 7, 180; BGH in NJW 1955/1485; OLG Oldenburg in VRS 8/454; Schönke-Schröder, § 23 Anm. II; KMR, § 263 Anm. 7, § 268a Anm. 1, § 331 Anm. 4 a, § 460 Anm. 8; Bruns in GA 1956/201-202; Mittelbach, S. 5; Eckels, S. 1672; Hellmer in JZ 1956/714.

Daß die Aussetzung keine neuartige Strafe sein kann, zeigt sich schon daran, daß es ihr an den entscheidenden Merkmalen gebricht, die das Wesen einer Strafe ausmachen. Strafe ist, ungeachtet aller neuzeitlichen Straftheorien, auch heute noch in allererster Linie Vergeltung und Sühne, mögen daneben verschiedene andere Strafzwecke (beispielsweise Besserung des Täters) eine gewisse Rolle spielen. Daran gemessen wird man der Aussetzung kaum den Charakter einer irgendwie gearteten Strafe zudiktieren können. Denn genau besehen enthält die Strafaussetzung nichts, als eine Entscheidung darüber, ob die Vollstreckung einer bestimmten Freiheitsstrafe auszusetzen ist. Irgendwelche Momente der Tatabelgung kommen beim Ausspruch über die Aussetzung nicht zum Zuge. Daß gewisse Besserungserwägungen berücksichtigt werden, reicht nicht aus, um ihr das Wesen einer Strafe beizumessen. Diese letztgenannten Erwägungen bieten aber auch keinen Anlaß, in der Strafaussetzung eine Maßnahme der Besserung zu erblicken. Nicht nur deswegen, weil sie nach ihrer systematischen Stellung im Gesetz nicht dem Abschnitt 1 a (Maßregeln der Sicherung und Besserung) angehört. Das ist schließlich auch noch bei anderen Maßregeln der Fall, z. B. Stellung unter Polizeiaufsicht, Unbrauchbarmachung. Aber die sonstigen bessernden Maßnahmen haben stets ein aktives Tun des Staates im Gefolge, mit dem der Täter tatsächlich auch einer Besserung zugeführt werden soll (vgl. Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt oder in ein Arbeitshaus). Im Gegensatz dazu verhält sich die staatliche Rechtspflege bei der Strafaussetzung passiv. Sie tut nicht etwas, um den Verurteilten zu bessern, sondern sie tut etwas nicht, nämlich die Vollstreckung der Strafe. In der Annahme, bei dem Betroffenen sei eine Besserung möglich, wird mit dem Strafvollzug innegehalten, um dem Täter Gelegenheit zu solcher Besserung zu geben. Dem Verurteilten bleibt es also überlassen, durch aktives Tun, das heißt durch ein bestimmtes Verhalten zu zeigen, daß er sich wirklich gebessert hat. Schon deshalb kann man bei der Aussetzung nicht von einer Besserungsmaßnahme sprechen. Denn im Zuge der Aussetzung unternimmt der Staat selbst keine tätigen Schritte zu einer Besserung. Richtigerweise kann man daher die Strafaussetzung nur als eine Modifikation des Strafvollzuges betrachten. An der einmal erkannten Freiheitsstrafe ändert sich nichts mehr. Sie bleibt nach wie vor bestehen. Der Richter fügt dem Ausspruch über diese Strafe lediglich eine besondere Klausel über ihre Vollziehung bei.

Daraus erhellt, daß die Entscheidung über die Aussetzungsfrage kein Akt der eigentlichen Strafzumessung ist. Die Strafhöhe als Spiegelbild der Tatschuld wird allein von den vielfältigen Strafzumessungserwägungen im Verein mit den verschiedenen Strafzwecken getragen. Die Durchführung des Vollzugs dieser Strafe ist kein für die Straffestsetzung bestimmender Gesichtspunkt. Fehlerhaft ist es daher, die Aussetzungsfrage schon im Rahmen der eigentlichen Strafzumessung zu entscheiden. Und noch weniger richtig wäre es, Aussetzung oder Nichtausset-

zung von vornherein in das Strafmaß einzukalkulieren. Über die Strafhöhe muß entschieden sein, ehe das Gericht die Frage der Aussetzung prüft (1). Dann wohnt aber umgekehrt auch der Aussetzung eine gewisse Selbständigkeit gegenüber der Strafzumessung inne. Als Vollstreckungsmodalität, die mit der eigentlichen Strafausmessung nichts zu tun hat, folgt sie ausschließlich ihren eigenen Regeln. Diese ergeben sich aus den Voraussetzungen, wie sie das Gesetz in § 23 StGB niedergelegt hat und von deren Vorliegen eine Strafaussetzung abhängig ist. Auch bei der Prüfung dieser Voraussetzungen - sie sind teils formeller, teils materieller Art - gerät der Richter nicht in unmittelbare Berührung mit der bereits erledigten Strafzumessung.

3. Damit ist nachgewiesen, daß die Strafaussetzung nicht nur auf Grund ihrer besonderen Kennzeichnung im Urteilstenor, sondern auch ihrem Wesen nach eine selbständige Stellung gegenüber der Straffestsetzung einnimmt. Die dem Gericht hinsichtlich der Strafaussetzung obliegende Ermessensentscheidung läßt sich an Hand von deren Voraussetzungen treffen, ohne dabei in den Bereich der eigentlichen Strafzumessung zu geraten. Die Frage nach der Trennbarkeit der Strafaussetzung zur Bewährung muß danach positiv beantwortet werden. Die Aussetzungsfrage ist ein trennbarer Entscheidungsbestandteil, dessen alleinige Überprüfung durch ein anderes Gericht in der Regel nicht wegen eines inneren Zusammenhangs zur Untersuchung anderer Urteilselemente nötigt (2). Dies bedeutet, daß sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Verurteilte ein Rechtsmittel auf die Frage der Aussetzung beschränken können. Rechtsprechung und Schrifttum bejahen das teils ausdrücklich, teils gehen sie ohne nähere Begründung

1) Vgl. Kohlrausch - Lange, Vorbem. II 9 vor § 23; KMR, § 267 Anm. 9 B d; Bruns in GA 1956/203; Hellmer in JZ 1956/714; ders. in NJW 1956/980; Hennke in DRiZ 1955/3; BGH in NJW 1954/39 (40).

2) So die einhellige Meinung, soweit zu dieser Frage Stellung genommen wird: vgl. BGH in NJW 1953/1838; BGH in NJW 1954/39 (41) = JZ 1954/101 = JR 1954/110; BayObLGSt 1954/54 = NJW 1954/1416 = JZ 1954/550 (nur Leitsatz); BGH in MDR 1955/394 mitgeteilt von Dallinger; OLG Schleswig in SchlHA 1953/293; OLG Frankfurt in NJW 1956/233; OLG Stuttgart in NJW 1956/1119; KG in VRS 12/184; femer KMR, § 318 Anm. 3 b dd (3); Dallinger - Lackner, § 59 Anm. 5; Bruns in GA 1956/237; Mittelsbach, S. 5; Hennke in DRiZ 1955/3.

von der Wirksamkeit einer solchen Beschränkung aus (1). Und ebenso ist es dem Revisionsgericht nicht verwehrt, bei einer an sich weitergehenden Revision nur die Strafaussetzung aufzuheben und zurückzuverweisen, sofern die übrigen Entscheidungsteile fehlerfrei sind (2). Angesichts der eingangs erörterten Rechtsnatur der Aussetzung und ihrer Beziehung zur Strafzumessung bilden die so herauskristallisierten Trennungsmöglichkeiten nunmehr eine logische Konsequenz, die jetzt keiner weiteren Begründung bedarf.

4. Eine Ausnahme muß allerdings dann gelten, wenn das Urteil der Vorinstanz die Entscheidung über die Aussetzung bereits im Strafmaß berücksichtigt und damit beide Teile - wenn auch unzulässig - miteinander verschmolzen hat. Diese Verkettung bewirkt, daß ein an sich möglicher Angriff auf die Aussetzung auch den eigentlichen Strafausspruch ergreift. Da die maßgebenden Gesichtspunkte für die Aussetzungsfrage schon bei der Strafhöhe verwertet worden sind, kann eine Neuprüfung nur unter Heranziehung des Strafmaßes stattfinden. Ausnahmen solcher Art dürften gemeint sein, wenn der Bundesgerichtshof in einem Urteil (3) von Fällen spricht, in denen die Erwägungen zur Strafzumessung und zur Aussetzungsfrage so eng miteinander verbunden seien, daß sie sich nicht trennen lassen. Schließlich will der Bundesgerichtshof in der gleichen Entscheidung unter Zustimmung der Wissenschaft (4) einen untrennbaren Zusammenhang

- 1) Vgl. BGH in NJW 1955/1889; BGH in MDR 1955/394 mitgeteilt von Dallinger; BGH in JR 1955/187; BayObLGSt 1954/54 = NJW 1954/1416 = JZ 1954/550; OLG Frankfurt in NJW 1956/233; Schleswig in SchlHA 1953/293; Celle in GA 1954/123; Hamm in DAR 1955/254; Hamm in JMBlnRW 1956/237; Stuttgart in DAR 1956/247; Braunschweig in NJW 1957/111. - Ferner Schwarz, Komm. z. StGB Vorbem. 2 C vor 23; ders. Komm. z. StPO § 344 Anm. 2 A; KMR, § 318 Anm. 3 b dd (3). - 344 Anm. 5 - Dallinger - Lackner, § 59 Anm. 5; Bruns in GA 1956/237; Mittelbach, S. 5; Hennke in DRiZ 1955/3. - Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Pandnote 31, hat Bedenken gegen eine Beschränkung der Berufung auf die Nichtanwendung des § 23 StGB; er glaubt, die Aussetzungsfrage nicht von der Schuldfrage trennen zu dürfen. Seine Begründung überzeugt indes kaum und läßt ihn deshalb nicht ohne Grund mit dieser Auffassung allein stehen.
- 2) So ausdrücklich BGH in NJW 1953/1838; BGH in NJW 1954/39; BGH in NJW 1955/997; OLG Schleswig in SchlHA 1953/293; Bruns, a.a.O.; Hennke, a.a.O.
- 3) BGH in MDR 1955/394, mitgeteilt von Dallinger.
- 4) Bruns, a.a.O.; Hennke, a.a.O.; Dallinger-Lackner, § 59, Anm. 5.

und damit die Unwirksamkeit der Beschränkung dort annehmen, wo das untere Gericht sowohl bei der Strafzumessungs- als auch bei der Aussetzungsfrage dem gleichen tatsächlichen oder rechtlichen Irrtum erlegen ist. Gewisse Zweifel an der Richtigkeit dieser These lassen sich nicht verhehlen. Man denke doch an den Fall, in dem das Rechtsmittelgericht bei einer Strafmaßberufung entdeckt, daß der Angeklagte in Notwehr gehandelt hat. Kein Zweifel, die Vorinstanz ist hier bei der Schuldfrage und bei der Strafzumessung dem gleichen Irrtum zum Opfer gefallen. Und doch wird man hier nicht ernstlich bestreiten dürfen, daß der Angriff auf die Straffrage trotz dieses gemeinsamen Irrtums den Schuldspruch unangetastet läßt. Warum soll es deshalb ausgerechnet bei der Strafaussetzung anders sein? Bei einer gesonderten Anfechtung der Aussetzungsfrage wird dieser Irrtum zu korrigieren sein. Die nicht angegriffene und damit rechtskräftig gewordene Strafzumessung muß aber nolens volens weiterhin mit diesem Fehler behaftet bleiben.

5. Dagegen ist eine allein gegen die Strafhöhe gerichtete Beschwerde, die die Entscheidung über die Aussetzung bestehen lassen will, nicht wirksam (1). Denn mit dem Angriff auf die Strafzumessung ist auch der Aussetzung die Grundlage genommen. Schon deshalb, weil nun in vielen Fällen nicht mehr sicher ist, ob überhaupt eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als neun Monaten ausgeworfen wird. Außerdem wäre dies schlecht mit dem Grundsatz zu vereinbaren, daß über das Strafmaß entschieden sein muß, bevor die Aussetzungsfrage angegangen wird.

6. Inwieweit eine gesonderte Anfechtung der im Zuge der Strafaussetzung getroffenen Bewährungsauflagen möglich ist, ergibt sich zum Teil aus dem Gesetz selbst. § 268 a Abs. 1 StPO verlangt, daß solche Bewährungsauflagen nicht im Urteilsspruch selbst, sondern in einem besonderen Beschluß festgelegt werden. Gegen diesen Beschluß ist nur die einfache Beschwerde zulässig (§ 305 a Absatz 1 StPO). Allerdings sind dem Beschwerdeführer dabei insofern Beschränkungen auferlegt, als er seine Beschwerde nur darauf gründen darf, daß eine getroffene Anordnung gesetzwidrig ist oder einen einschneidenden, unzumutbaren Eingriff in seine Lebensführung darstellt. Damit ist aber indirekt schon durch das Gesetz selbst ausgedrückt, daß es dem Beschwerdeführer nicht verwehrt ist, eine von mehreren Auflagen herauszugreifen und zum Ziel seiner Beschwerde zu machen. Nachdem das Gericht von den in § 24 StGB (nicht erschöpfend) aufgezählten Bewährungsanordnungen mehrere nebeneinander verhängen kann, muß es auch einem Beschwerdeführer gestattet sein, eine oder einzelne davon anzugreifen, solange er sich mit seiner Begründung in den Grenzen des § 305 a Abs. 1 Satz 2

1) Vgl. OLG Düsseldorf in NJW 1956/1889; Dallinger-Lackner, § 59 Anm. 3.

hält. Das Gegenteil wäre kaum einzusehen. Überdies ist es ja auch dem Gericht nach § 24 Abs. 3 StGB von Amts wegen erlaubt, Auflagen (auch einzelne von ihnen) zu ändern oder aufzuheben. Dann kann es umgekehrt dem Verurteilten nicht verboten sein, seinerseits nur gegen einzelne Anordnungen Beschwerde zu führen; es sei denn, die angefochtene Auflage steht zu einer oder mehreren anderen in einem vom Gericht genau abgestimmten Verhältnis, so daß mit dem Wegfall der angegriffenen Bewährungsanordnung das Gleichgewicht der anderen verloren ginge.

III. DIE ERSATZGELDSTRAFE

Die sogenannte Ersatzgeldstrafe des § 27 b StGB entspringt den Bestrebungen gegen die Vollstreckung der kurzfristigen Freiheitsstrafen, die sich angesichts des Präventiv- und Besserungszwecks einer Strafe immer mehr als verfehlt herausgestellt hat und schon seit den Tagen von v. Liszt bekämpft wird. Statt bestimmter an sich verwirkter Freiheitsstrafen soll deshalb eine Geldstrafe verhängt werden, wenn der Strafzweck durch eine solche erreicht werden kann. Neben diesem sachlichen Erfordernis verlangt § 27 b noch eine Reihe formaler Voraussetzungen. Es muß erstens ein Vergehen oder eine Übertretung vorliegen, zweitens für dieses Delikt an sich eine Geldstrafe überhaupt nicht oder nur neben einer Freiheitsstrafe zulässig sein (also nicht Tatbestände, die Geldstrafe oder Freiheitsstrafe vorsehen) und drittens im konkreten Fall eine Freiheitsstrafe von weniger als drei Monaten verwirkt sein. Dies bedeutet, daß der Richter zunächst das Vorliegen dieser abstrakten Voraussetzungen zu prüfen und daß er insbesondere zuerst die an sich verwirkte Freiheitsstrafe auszumessen hat, ehe er sich der Frage zuwendet, ob der Strafzweck auch durch eine Geldstrafe erreichbar ist.

Die sich daraus für die Trennbarkeit ergebenden Konsequenzen liegen auf der Hand, soweit es sich um die Abtrennung der Ersatzgeldstrafe gegenüber der Schuldfrage handelt. Sowohl die formalen Voraussetzungen des § 27 b als auch die Frage, ob der Strafzweck durch eine Geldstrafe erzielt werden kann, können in der Rechtsmittelinstanz überprüft werden, ohne daß eine Erörterung der Deliktsfrage auch nur irgendwie notwendig wäre.

Man sollte nun meinen, daß dies im gleichen Maße auch für die Abtrennung in Richtung auf die übrige Strafzumessung gilt. Denn ob ein Vergehen bzw. eine Übertretung vorliegt, für die an sich Geldstrafe überhaupt nicht oder nur neben Freiheitsstrafe zulässig ist, kann leicht aus dem Wortlaut des Schuldspruchs und der gesetzlichen Strafbestimmung entnommen werden. Und ob eine Frei-

heitsstrafe von weniger als drei Monaten ausgemessen ist, ergibt sich aus dem restlichen Strafausspruch. Blicke noch die Prüfung, wie weit der Strafzweck mit einer Geldstrafe erreicht werden kann. Auch dies bedarf keines Eingehens auf die Richtigkeit der zunächst in Aussicht genommenen Freiheitsstrafe. Trotz dieser scheinbaren Klarheit verursacht die Lösung des Problems in der Rechtsprechung einige Schwierigkeiten. Die einschlägigen Entscheidungen beweisen dies deutlich. Während die Wissenschaft eine Beschränkung auf § 27 b vielfach ohne weitere Begründung schlechthin bejaht (1), kommt die Praxis an Hand der verschiedenartigen Angriffsmöglichkeiten gegen die Anwendung oder Nichtanwendung dieser Vorschrift zu unterschiedlichen Ergebnissen. Auf dem Gebiet der Teilaufhebung hat das Reichsgericht nur die Frage der Ersatzgeldstrafe an die Vorinstanz zurückverwiesen.

In zwei Urteilen (2) hat das Reichsgericht die Entscheidungen der unteren Instanz kassiert und zurückverwiesen, weil mit der Möglichkeit gerechnet werden müsse, daß § 27 b nicht beachtet worden sei. Das letztgenannte Erkenntnis bemerkt dazu ergänzend, daß von dieser Zurückverweisung der Schuldspruch sowie die Höhe der verwirkten Freiheitsstrafen nicht berührt seien (3). Dies besagt aber nichts anderes, als daß die Vorinstanz unter Bindung an die bereits verhängte Freiheitsstrafe nur noch zu prüfen hat, ob der mit dieser verfolgte Strafzweck möglicherweise durch eine Geldstrafe erreicht werden kann. Der von Drucker (4) hieran geäußerten Kritik kann nicht beigetreten werden, wenn er meint, das Urteil sei zwar logisch richtig, aber ein Gericht, das zunächst an die Möglichkeit einer Geldstrafe gar nicht gedacht habe, werde, darauf hingewiesen, das Maß der Strafwürdigkeit vielleicht doch anders als vorher. Drucker erkennt dabei die Selbständigkeit der Ersatzgeldstrafe. § 27 b gibt die Möglichkeit einer Ersatzstrafe. "Ersatz" bedeutet schon rein begrifflich, daß vorher etwas

1) Vgl. Doerr, § 318 Anm.; Erbs, Komm.z. StPO § 318 Anm. VI; Dalcke, § 344 StPO Anm. 1; Schwarz, Komm.z. StPO § 327 Anm. 1 B a bb, § 344 Anm. 2; KMR, § 318 Anm. 3 b dd (3); Eb. Schmidt, Lehrkomm. § 318 Randnote 29.

2) RG 58, 106 = JW 1924/1722 Nr. 4 und RG 58, 235 = JW 1924/1726 Nr. 8.

3) Zustimmend Olshausen, § 27 b Anm. 8; Schwarz, Komm.z. StGB § 27 b Anm. 2; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 a; KMR, § 344 Anm. 5.

4) JW 1924/1726 als Urteilsanmerkung zu RG in JW 1924/1726 Nr. 8 = RG 58, 235.

Feststehendes vorhanden war oder noch ist, an dessen Stelle das Surrogat treten kann. Es muß also vorher eine andere Strafe - eben die "an sich verwirkte Freiheitsstrafe" - nach Art und Höhe bereits feststehen, ehe die Möglichkeit einer ersatzweisen Geldstrafe ins Auge gefaßt wird (1). Es wäre fehlerhaft, würde ein Gericht die nach der erfüllten Deliktsnorm an sich verwirkte Freiheitsstrafe von vornherein im Hinblick auf eine Anwendung des § 27 b ausmessen (2). Wenn das untere Gericht bei seiner ersten Entscheidung gar nicht an eine Anwendung des § 27 b gedacht hat, dann hat es die verhängte Freiheitsstrafe, also die später "an sich verwirkte Freiheitsstrafe", nach Art und Höhe jedenfalls als eine gerechte und schuldangemessene Strafe ausgeworfen. Denn wenn überhaupt, dann war hier der Blick nicht durch die spätere Festsetzung einer Ersatzgeldstrafe getrübt. Und um so präziser und ohne unzulässige Seitenblicke kann dann nach Zurückverweisung die Frage der Erreichbarkeit des Strafzwecks durch Geldstrafe untersucht werden.

Wendet sich nun die Staatsanwaltschaft ausschließlich gegen eine angeordnete Ersatzgeldstrafe, so kann sie ihre Rüge, diese Vorschrift sei zu Unrecht angewendet worden, auf zweierlei Gründe stützen: einmal auf das Vorbringen, der Strafzweck könne nicht durch eine Geldstrafe erreicht werden, und zum anderen darauf, die formalen Voraussetzungen des § 27 b seien nicht gegeben. Welche der beiden Begründungen aber auch den Angriff auf die Ersatzgeldstrafe tragen mag, in jedem Falle muß das Rechtsmittelgericht den § 27 b in vollem Umfange und nach allen Richtungen hin prüfen, ungeachtet der Begründung des Beschwerdeführers. Das ergibt sich schon aus der Unteilbarkeit dieser Frage. Nicht erlaubt ist es, dem höheren Gericht bindend vorzuschreiben, es dürfe nur untersuchen, ob das angenommene Delikt eine Geldstrafe überhaupt nicht oder nur neben Freiheitsstrafe zuläßt. Hält also der Staatsanwalt die Anwendung des § 27 b für unrichtig, so wird das angegangene Instanzgericht unschwer nachprüfen können, ob der Strafzweck mit einer Geldstrafe erreichbar ist. Auf die Richtigkeit der an sich verwirkten Freiheitsstrafe braucht es nicht mehr einzugehen. Sein Prüfungsbereich erschöpft sich darin, herauszufinden, inwieweit die in der Freiheitsstrafe enthaltenen Strafzumessungserwägungen auch in einer Geldstrafe genügend zum Ausdruck kommen können. Ebensowenig Kopfzerbrechen wird es

1) So neuerdings ausdrücklich BGH in NJW 1957/1199 (1200).

2) Geschieht es dennoch, dann sind allerdings die Erwägungen über die an sich verwirkte Freiheitsstrafe und die Ersatzgeldstrafe so eng miteinander vermischt, daß eine Anfechtung der letzteren wegen dieses engen Zusammenhangs auch die erstere vor das Rechtsmittelgericht bringen muß.

dem Rechtsmittelgericht bereiten, die formalen Erfordernisse zur Verhängung der Ersatzgeldstrafe auf ihr Vorliegen zu erforschen. Auf der Grundlage dieser Überlegungen haben Rechtsprechung und Schrifttum eine Abtrennung des § 27 b als durchaus möglich angenommen (1). Stellt dann beispielsweise das Rechtsmittelgericht fest, daß der angenommene Straftatbestand kein Vergehen, sondern ein Verbrechen darstellt, so entfällt mangels einer ihrer Voraussetzungen die Ersatzfreiheitsstrafe und die an sich verwirkte Freiheitsstrafe kommt wieder zum Zuge (RG 60, 168). Eine besondere Erörterung dieser Strafe auf ihre Angemessenheit ist dazu nicht notwendig. Durch das eingeschränkte Rechtsmittel ist sie selbst in Rechtskraft erwachsen und bleibt damit als schuldangemessen bestehen. Die Rechtsmittelinstanz braucht nur den Tenor des Urteils insofern zu ändern, als die Freiheitsstrafe nun nicht mehr "an sich verwirkt" ist, sondern als tatsächlich zu verbüßende Strafe bestimmt wird.

Eine Ausnahme hiervon will das Oberlandesgericht Dresden machen (2). Seiner Ansicht nach ergreift das auf § 27 b beschränkte Rechtsmittel des Staatsanwalts dann den ganzen Strafausspruch, wenn die zugrunde gelegte Deliktshorm Geldstrafe oder Freiheitsstrafe androhe, anstatt, wie in § 27 b vorausgesetzt, Geldstrafe überhaupt nicht oder nur neben einer Freiheitsstrafe. Wo das angezogene Strafgesetz Geldstrafe bzw. Freiheitsstrafe alternativ vorsehe, hätte die Vorinstanz schon von vornherein auf eine Geldstrafe allein erkennen können und vielleicht auch erkannt. Deshalb sei trotz der Beschränkung auf die Ersatzgeldstrafe der Anspruch bezüglich der verwirkten Freiheitsstrafe nicht in Rechtskraft erwachsen (3). Der Standpunkt des Oberlandesgerichts überzeugt nicht. Warum sollte lediglich in diesem einen Falle, in dem eine bestimmte äußere Voraussetzung des § 27 b von der Vorinstanz verkannt worden ist, eine gesonderte Nachprüfung nicht möglich sein? Auf der einen Seite steht fest, daß der Richter zunächst eine Freiheitsstrafe für schuldangemessen gehalten hat; und auf der anderen Seite will die Staatsanwaltschaft die verhängte Ersatzgeldstrafe beseitigt wissen, will also die Verbüßung der Freiheitsstrafe als

1) Vgl. RG 60, 168; RG in Recht 1927 Nr. 965; RG in JW 1924/1723 Nr. 5.

2) In LZ 1933 Spalte 197.

3) Zustimmend Niederreuther in JW 1934/2435, der unter Berufung auf diese Entscheidung sogar annimmt, daß in solchen Fällen auch der Schuldspruch von dem Rechtsmittel erfaßt werde; diese Ansicht ist unbedingt abzulehnen, sie verträgt sich auch kaum mit dem sonstigen Standpunkt des Verfassers zu den Fragen der Rechtsmittelbeschränkung und findet insbesondere in der zitierten Entscheidung keine Stütze.

wirklichen, den Angeklagten unmittelbar treffenden Strafausspruch festgelegt haben. Daß das Gericht bei richtiger Anwendung der verletzten Strafnorm möglicherweise schon von vornherein auf die alternativ zulässige Geldstrafe erkannt hätte, ist hier ohne Belang. Die Staatsanwaltschaft und der Verurteilte hätten dem ja durch eine entsprechende Anfechtung der ganzen Straffrage Rechnung tragen können. Hier geht es nur um die Frage, ob § 27 b für sich allein vom Rechtsmittelgericht nachgeprüft werden kann. Die Antwort hierauf ist nur im positiven Sinne möglich. Ergibt sich als Folge dieser Prüfung, daß die Voraussetzungen für eine ersatzweise Geldstrafe nicht zutreffen, so kommt diese als unhaltbar in Wegfall. Dies - und nur dies - ist Gegenstand des Rechtsmittels. Daß dadurch automatisch die bisher im Hintergrund stehende an sich verwirkte Freiheitsstrafe zur eigentlichen der Vollstreckung unterliegenden Strafe emporgehoben wird, ist eine zwangsläufige Folge, die mit der Trennbarkeit bzw. mit der Beschränkbarkeit nichts zu tun hat. Recht hätte das Oberlandesgericht nur, wenn die an sich verwirkte Freiheitsstrafe schon mit Rücksicht auf die hernach bemessene Ersatzgeldstrafe festgesetzt worden wäre. Dann wäre allerdings ein untrennbarer Zusammenhang innerhalb des Strafausspruches hergestellt worden, der das primär auf § 27 b begrenzte Rechtsmittel auch auf die Freiheitsstrafe ausdehnen würde. Ob ein solcher Fall vorlag, ist dem Urteil des Oberlandesgerichts Dresden nicht zu entnehmen.

Bedenken anderer Art meldet Beling an (1). Er sieht gewisse Schwierigkeiten, sobald der Tenor des Urteils nur die Ersatzgeldstrafe ausweist, während die an sich verwirkte Gefängnisstrafe fälschlich in den Entscheidungsgründen festgelegt ist. Ein gegen § 27 b gerichtetes Rechtsmittel erfaßt dann den ganzen Strafausspruch, weil dieser eben nur aus der Ersatzgeldstrafe besteht. Beling wirft deshalb die Frage auf, ob das Rechtsmittelgericht hier beim Wegfall der Ersatzstrafe eine gänzlich neue Strafzumessung treffen bzw. als Revisionsgericht zu solcher Strafzumessung zurückverweisen müsse, oder ob es selbst die bisher in den Gründen verankerte an sich verwirkte Freiheitsstrafe einfach in den Tenor heraufholen dürfe. Er gibt der letzten Auffassung den Vorzug: Es dürfe einem Beschwerdegericht nicht verwehrt sein, sachlich einwandfrei entschiedene Punkte korrigierend in das richtige äußere Gewand zu kleiden und sie an die ihnen zukommende prozessual richtige Stelle zu rücken. Stimmt man Beling zu - und ein Gegenargument wird sich kaum finden lassen -, dann bietet sich das eigenartige Bild, daß der ganze Strafausspruch des Urteilstenors vor den Rechtsmittelrichter gelangt und daß trotzdem die in den Gründen versteckte Freiheitsstrafe

1) In JW 1924/1723 als Anmerkung zu RG in JW 1924/1723 Nr. 5.

unangefochten bleibt. Freilich gilt dies nur dann, und insoweit bedarf Beiling's Ansicht einer Ergänzung, wenn sich auch hier der Staatsanwalt mit der alleinigen Bekämpfung des angewendeten § 27 b begnügt hat. Hat dieser dagegen den Strafausspruch in toto angefochten, dann wird auch die in die Urteilsgründe verbannte Freiheitsstrafe auf ihre Richtigkeit neu überprüft.

Hat es sich nach dem bisher Dargelegten als möglich erwiesen, ein Rechtsmittel allein auf die verhängte Ersatzgeldstrafe zu konzentrieren, so will das Obergericht Oldenburg umgekehrt eine Einengung des Rechtsmittels auf die unterlassene Anwendung des § 27 b nicht gelten lassen (1). Seiner Meinung nach soll eine vom Verurteilten oder zu dessen Gunsten von der Staatsanwaltschaft eingelegte Beschwerde, die sich gegen die Nichtanwendung des § 27 b wendet, den gesamten Strafausspruch erfassen. Der Grund hierfür sei darin zu finden, daß beim Erfolg eines solchen Rechtsmittels die Anwendung des § 27 b zur Festsetzung einer Geldstrafe führe und deshalb in diesem Umfange eine neue Strafzumessung erfordere (2). Der Entscheidung muß aus zwei Gründen widersprochen werden. Es ist, wie schon oben erwähnt, anerkannt, daß das Revisionsgericht bei unterlassener Anwendung des § 27 b das Urteil zum Teil aufheben und nur zur Nachprüfung dieser Frage an die Vorinstanz zurückverweisen kann, während der Ausspruch über die Freiheitsstrafe bestehen bleibt (3). Das Revisionsgericht kann so verfahren, ohne daß es einer besonders begrenzten Beschwerde auf diesen Punkt bedarf. Damit verlangt aber das Revisionsgericht von der Vorinstanz auch die Prüfung, ob der Strafzweck durch eine Ersatzgeldstrafe erreicht werden kann. Bejaht das untere Gericht diese Frage, so hat es eine solche Ersatzgeldstrafe zu bestimmen. Das ist aber im Ergebnis doch nichts anderes als erneute Strafzumessung. Und zwar genau so Strafzumessung, wie wenn der Beschwerdeführer die unterlassene Anwendung des § 27 b beanstandet und das Rechtsmittelgericht darauf möglicherweise eine Ersatzgeldstrafe bemessen muß. Warum eine diesbezügliche Rüge des Verurteilten weitergreifen (und auch den übrigen Strafausspruch erfassen) soll als die entsprechende Aufhebung des Revisionsgerichts, leuchtet nicht ein. Das angegangene Gericht steht beide Male vor derselben Situation, sei es als Vorinstanz oder als Rechtsmittelgericht. Daß die Begrenzung seines Prüfungsbereichs im einen Falle wirksam sein soll, im anderen Falle dagegen nicht, ist wenig verständlich.

1) In JZ 1953/382 = NdsRPfI 1953/207.

2) Zustimmend KMR, § 344 Anm. 5; Dalcke, § 352 StPO Anm. 1; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 a mit kritischer Stellungnahme.

3) So erst neuerdings wieder entschieden vom BGH in NJW 1957/1199 mit ausdrücklicher Stellungnahme gegen OLG Oldenburg a. a. O.

Zum weiteren besteht der Unterschied, den das Oberlandesgericht Oldenburg gegenüber einer auf die Anwendung des § 27 b beschränkten Anfechtung hervorkehrt, überhaupt nicht. Die auf eine Beseitigung der Ersatzgeldstrafe gerichtete Beschwerde verlangt vom Rechtsmittelgericht genau so viel und genau so wenig eine Beschäftigung mit der Strafzumessung. Nur eben im umgekehrten Sinne. Aber die Frage, ob der Strafzweck durch Festsetzung einer Ersatzgeldstrafe erreicht werden kann, ist jeweils dieselbe, gleich aus welcher Richtung die Anfechtung auch kommen mag. Nur ihre Beantwortung kann verschiedenartige Folgen zeitigen, nämlich Wegfall einer Ersatzgeldstrafe oder Verhängung einer solchen. Der Angriff auf die Nichtanwendung des § 27 b befaßt das Rechtsmittelgericht auch nicht mehr mit der Strafzumessung als umgekehrt die bekämpfte Anwendung dieser Vorschrift. Die Rüge des Verurteilten, der sich nur mit einer Ersatzgeldstrafe belegt wissen möchte, hat demnach keinen Einfluß auf die ausgeworfene Freiheitsstrafe. Diese bleibt auf jeden Fall erhalten. Hat das Rechtsmittel Erfolg, dann wird das in ihr zum Ausdruck gekommene Schuldmaß in eine Geldstrafe transponiert. Die Freiheitsstrafe selbst rückt in den Hintergrund. Trotzdem ist sie durch die Beschränkung ihrer Art und Höhe nach in Rechtskraft erwachsen und wird deshalb nicht mehr auf ihre Richtigkeit nachgeprüft.

Daß umgekehrt die Anfechtung der an sich verhängten Freiheitsstrafe auch die Ersatzstrafe ergreift, braucht nach dem bisher Ausgeführten nicht mehr erläutert zu werden.

IV. DIE ERSATZFREIHEITSSTRAFE

Obwohl es sich auch hier um eine sogenannte Ersatzstrafe handelt, äußert sie dem Betroffenen gegenüber andere Wirkungen. Die Ersatzfreiheitsstrafe nach § 29 StGB tritt an die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe. Sie kommt nur dann zum Zug, wenn der Verurteilte die gegen ihn festgesetzte Geldstrafe nicht bezahlt, ist also praktisch Freiheitsstrafe unter einer aufschiebenden Bedingung. Während eine angeordnete Ersatzgeldstrafe bereits das endgültige, den Angeklagten beschwerende Strafübel darstellt, hängt die Ersatzfreiheitsstrafe als Eventualausspruch vom Eintritt gewisser Bedingungen ab. Bis dahin ist der Verurteilte lediglich mit der Geldstrafe belastet. Die Ersatzfreiheitsstrafe ist echte Strafe und nicht etwa nur ein Druckmittel zur Entrichtung der Geldstrafe, ihre Realisierung bleibt aber zunächst im Hintergrund. Bei der Umrechnung der in erster Linie verhängten Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe hat das Gericht im Rahmen des § 29 Abs. 2 und 3 freie Hand. Angesichts dieser Feststellungen versteht es sich von selbst, daß die Höhe der primär verhängten Geldstrafe feststehen muß, bevor das Gericht

darangeht, die Ersatzfreiheitsstrafe auszumessen.

Daraus ergibt sich aber weiterhin, daß gegen eine alleinige Anfechtung der festgesetzten Ersatzfreiheitsstrafe keine Bedenken bestehen können. Ob sich der Beschwerdeführer gegen die Dauer der Ersatzstrafe wendet oder ob die Zulässigkeit dieser Maßnahme überhaupt beanstandet wird, in jedem Fall ist eine abgetrennte Prüfung des § 29 StGB möglich. Die von der Anfechtung ausgenommene Geldstrafe kann unangetastet bestehen bleiben. Rechtsprechung (1) und Schrifttum (2) haben wiederholt anerkannt, daß die Frage der Ersatzfreiheitsstrafe einen trennbaren Entscheidungsteil bildet. Dagegen wird ein Angriff auf die Geldstrafe stets auch die Ersatzfreiheitsstrafe miteinbeziehen. Stellt jene doch die Grundlage dar, auf welcher diese aufbaut. Mit der Bekämpfung der Geldstrafe ist die Ersatzfreiheitsstrafe ihres Fundaments beraubt und muß deshalb zwangsläufig mitüberprüft werden.

V. DIE ABTRENNUNG VON NEBENFOLGEN

Als letzte Gruppe bleibt jetzt noch eine Reihe von Unrechtsfolgen, mit denen der Täter eines Delikts belegt werden kann. Der mit ihnen angestrebte Zweck ist weder ausgesprochen strafender noch sichernder Natur. Es handelt sich vielmehr um sogenannte Nebenfolgen speziellen Charakters, deren Verhängung sich aus der Verwirklichung bestimmter Straftatbestände ergibt. Ihre Bedeutung im Gesamtbereich strafrechtlicher Reaktionsmittel ist verhältnismäßig gering. Gleichwohl mag die Prüfung ihrer Trennbarkeit um der Abrundung der vorliegenden Darstellung willen angezeigt erscheinen.

1. Die Abführung eines Mehrerlöses

Der Anwendungsbereich dieser Unrechtssanktion liegt auf dem Gebiet strafbarer Verstöße gegen Preisvorschriften (§ 8 Wirtschaftsstrafgesetz). Danach hat die Verletzung bestimmter preisrechtlicher Vorschriften zur Folge, daß der Zuwiderhandelnde den Differenzbetrag zwischen dem zulässigen und dem erzielten Preis abzuführen hat. Die in die Blütezeit der Schwarzhandelsgeschäfte fallende kriminalpolitische Bedeutung dieser Deliktsfolge ist mit der zunehmenden Norma-

1) RG 39, 393; 45, 268; 54, 296 (297).

2) Z.B. Binding, S. 256; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 344 Anm. 4 a.

lisierung unseres Wirtschaftslebens mehr und mehr abgesunken.

Die Rechtsnatur dieser Maßnahme ist bestritten, jedoch besteht Einigkeit darüber, daß sie ihrer Wesensart nach keine Strafe darstellt (1). Der Gedanke an eine Strafe muß deshalb zurücktreten, weil die Mehrerlösabführung überhaupt kein Verschulden des davon Betroffenen voraussetzt (§ 8 Abs. 1 Satz 2 Wirtschaftsstrafgesetz). Strafen können aber nur dort verhängt werden, wo Schuld vorhanden ist. Freilich mag der mit dieser Anordnung Beschwerte die Abführung eines widerrechtlich gezogenen Gewinnes als Strafübel empfinden. Doch ist dies für ihre Bewertung nicht entscheidend. Ob man nun die Abführung eines Mehrerlöses letztlich dem neutralen Begriff der sogenannten Nebenfolgen unterordnen (2) oder in ihr eine Maßnahme eigener Art erblicken (3) oder ihr den Charakter einer Sicherungsmaßregel (4) beimessen will, braucht hier nicht abschließend entschieden zu werden. Jedenfalls ist ihre Eingliederung unter die allerdings etwas farblose Bezeichnung "Nebenfolge" nicht schädlich. Damit ist aber auch schon dargetan, daß der Mehrerlösabführung eine gewisse Selbständigkeit zukommt.

Voraussetzung dieser Maßnahme ist einmal, daß der Täter eine Zuwiderhandlung im Sinne der §§ 1, 2 Wirtschaftsstrafgesetz begangen hat, und zum anderen, daß er durch eben diese Handlung einen höheren als den zulässigen Gewinn erzielt hat. Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 Wirtschaftsstrafgesetz genügt es aber, wenn lediglich eine mit Strafe oder Geldbuße bedrohte Handlung vorliegt, mag der Täter selbst auch nicht schuldhaft gehandelt haben oder die Tat aus anderen Gründen nicht geahndet werden können. Zwar scheiden Fälle der letzteren

1) Wie z. B. RG 77, 145 annimmt.

2) So Drost-Erbs, Komm. zum Wirtschaftsstrafgesetz § 49 Anm. I; Erbs, Strafrechtl. Nebengesetze, § 49 Wirtschaftsstrafgesetz Anm. 1 B; Feigenspan, S. 100 Fußnote 7; Brandstetter, Straffreiheitsgesetz 1954, § 13 Anm. 8 (keine gesetzl. Nebenfolge); Schönke-Schröder, Vorbem. IV 5 vor § 13; OLG Hamburg in SJZ 1950/443; Braunschweig in NdsRPfl. 1951/52; Düsseldorf in NJW 1950/798.

3) Nämlich eine öffentl.-rechtl. Vermögensausgleichung; so Leipz. Komm. (Jagus), § 27 Anm. I 5 b; Winnefeld, S. 149; OLG Schleswig in SchlHA 1950/197; OLG Hamburg in MDR 1947/103 (mit zustimmender Anmerkung von Tesar) = HEst 1, 156.

4) So Wimmer in MDR 1947/248; Lüdicke, S. 534; OLG Köln in NJW 1947-48/148.

Art für die Frage der Trennbarkeit aus, weil die Mehrerlösabführung dort ohnedies als einzige Belastung des Täters übrig bleibt. Immerhin läßt sich hieran ablesen, daß die Konfiskation eines Mehrerlöses auch in den anderen Fällen, die zu einer Verurteilung führen, von der Schuld des Angeklagten gänzlich unabhängig ist. Damit hängt sie aber logischerweise auch nicht vom Vorhandensein eines Strafausspruchs ab, selbst wenn dieser neben ihr existiert. Der mit einer Abführung befaßte Rechtsmittelrichter ist deshalb nicht genötigt, Schuld- und Strafausspruch auf deren Richtigkeit zu untersuchen, um eine Entscheidung über den ihm vorgelegten Urteilsteil fällen zu können. Als einer von Schuld und Strafe unabhängigen Maßnahme vermag er deren Voraussetzungen zu prüfen, ohne in diese beiden Entscheidungsteile eindringen zu müssen. Die wirksame Beschränkung eines Rechtsmittels oder einer Urteilsaufhebung auf die Mehrerlösabführung ist daher durch keine rechtlichen Bedenken getrübt. Ein Standpunkt, der auch in Rechtsprechung und Rechtslehre übereinstimmend gebilligt wird (1). Daß infolge dieser Unabhängigkeit umgekehrt eine ausschließliche Anfechtung des Strafmaßes möglich ist, erfordert keine nähere Erläuterung.

2. Die Urteilsbekanntmachung

Eine Straftatsfolge von besonderer Art ist die Publikationsbefugnis. Man versteht darunter die dem von bestimmten Straftaten Betroffenen zuerkannte Befugnis, das Urteil auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekannt zu machen. Das Strafrecht kennt diese Maßnahme nicht allgemein, sondern nur in einzelnen Deliktstatbeständen, mit denen ehrenrührige Äußerungen persönlicher oder geschäftlicher Art geahndet werden (§§ 165, 200 StGB, 23 Abs. 2 Unl. Wettbew. Gesetz). Dem Verletzten wird hier das Recht eingeräumt, die Verurteilung des Täters öffentlich bekanntzumachen. Daneben gibt es aber noch weitere Fälle, bei denen durch die Verwirklichung des betreffenden Strafgesetzes nicht schutzwürdige Rechtsgüter bestimmter Personen verletzt werden, sondern gegen die Interessen der Allgemeinheit verstoßen wird. Zu nennen sind dabei das verbotene Glücksspiel (§ 285 a Abs. 2 StGB), allgemeine Verletzungen wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (§ 23 Abs. 1 Unl. Wettbew. Gesetz) oder Verstöße gegen das

1) OGH 1, 161 (164) = MDR 1949/118 (120); OLG Hamburg in HEST 1, 156 = MDR 1947/103 mit zustimm. Anm. von T e s a r. - Die Wissenschaft stützt ihre zustimmende Haltung meist ohne eigene Begründung auf diese beiden Urteile; so D r o s t - E r b s, Komm. z. Wirtschaftsstrafgesetz, § 49 Anm. V; E r b s, Strafrechtl. Nebengesetze, § 49 Wirtschaftsstrafgesetz Anm. 12; ders. Komm. z. StPO § 318 Anm. VII; D a l c k e, § 318 StPO Anm. 3; K M R, § 318 Anm. 3 b dd (3).

Lebensmittelgesetz (§ 15 Abs. 1 Lebensmittelgesetz). Bei der letztgenannten Kategorie von einer Veröffentlichungsbefugnis zu sprechen, wäre verfehlt. Denn es ist hier kein Verletzter vorhanden, dem dieses Recht zugestanden werden könnte. Der allgemeine Begriff Urteilsbekanntmachung dürfte dafür geeigneter sein. Auffallend ist schließlich auch, daß die Urteils publikation dort, wo sie zugunsten eines bestimmten Verletzten vorgesehen ist, diesem zwingend zugesprochen werden muß, während sie in den anderen Fällen verhängt werden kann. Darin liegt jedoch nicht der einzige Unterschied zwischen den beiden Ausdrucksformen dieser Maßnahme. Die herrschende Lehre bestimmt die Rechtsnatur der Urteilsbekanntmachung dahin, daß es sich um eine Unrechtsfolge mit Doppelcharakter handele: Nämlich um eine Nebenstrafe und zugleich um eine Genugtuung für den Verletzten (1), wobei die Betonung bald auf die Nebenstrafe, bald auf die Genugtuung gelegt wird. Man wird dies in solcher Allgemeinheit nicht unterschreiben können. Die beiden verschiedenartigen Wesenszüge sind nur dort anzuerkennen, wo die Tat einen bestimmten Verletzten berührt hat und diesem daher das Recht zur Urteilsbekanntmachung zugestanden wird. Obwohl die Anordnung der Publikationsbefugnis dann zwingend vorgeschrieben ist, hängt ihre Verwirklichung letztlich vom Verletzten ab. Er hat nur das Recht, nicht die Pflicht zur Bekanntmachung. Trotzdem trägt der Ausspruch den gemischten Charakter von Nebenstrafe und privater Genugtuung. Die letztgenannte Zweckbestimmung ist aber in den Fällen nicht mehr gegeben, in denen das Urteil selbst auf die Veröffentlichung erkennt. Hier gibt es keinen Verletzten, dem erst ein Recht zur Bekanntmachung eingeräumt werden müßte und von dessen Verhalten die tatsächliche Publikation abhängig wäre. Hier ist die praktische Durchführung der Bekanntmachung eine direkte Folge des Urteilsausspruches und steht mit diesem bereits fest. Infolgedessen kann man auch nicht von einer Genugtuung für einen bestimmten Dritten sprechen. Die Urteilsbekanntmachung läuft deshalb in solchen Fällen auf eine reine Nebenstrafe hinaus (2). Dieses Unterteilung der Urteilsveröffentlichung in zwei getrennte Erscheinungsformen mit unterschiedlichen Merkmalen rechtfertigt auch eine gesonderte Betrachtung hinsichtlich ihrer Trennbarkeit.

1) So RG 73, 26; Olshausen, § 165 Anm. 1; Schwarz, Komm.z. StGB § 165 Anm. 1; Schönke-Schröder, Vorbem. IV 4 vor § 13, § 165 Anm. I, § 200 Anm. I; Jagusch in Leipz. Komm., Vorbem. IV 8 vor § 13; ebenda Rohde, § 165 Anm. 1; ebenda Nagler, § 200 Anm. 1; Maurach, Lehrb. Allg. Teil, S. 668; Welzel, S. 200.

2) Vgl. Kohlrausch-Lange, Vorbem. VB 6 vor § 13.

Es kann nun gar kein Zweifel darüber bestehen, daß die Urteilsbekanntmachung in den §§ 165, 200 StGB, 23 Abs. 2 Unl. Wettbew. Gesetz, also dort, wo sie dem Verletzten in Gestalt einer Befugnis eingeräumt werden muß, abgetrennt und für sich allein angefochten werden kann. Um die Urteilsveröffentlichung zu prüfen, braucht sich das Rechtsmittelgericht nicht mit anderen Teilen der Entscheidung zu befassen. Denn die Voraussetzungen zur Anordnung dieser Maßnahme sind nur formaler Natur. Es muß lediglich wegen der jeweiligen Delikte (falsche Anschuldigung, öffentliche Beleidigung oder Verleumdung in geschäftlicher Hinsicht) auf Strafe erkannt sein. Dies genügt bereits, um dem Verletzten zwingend das Recht zur Publikation zuzusprechen. Die Erfüllung weiterer eigener Merkmale verlangt diese Maßnahme nicht. Ob die genannten Voraussetzungen vorliegen, ist mit einem Blick auf den Schuld- und Strafausspruch festzustellen. Eine nähere Berührung mit diesen beiden Urteilsteilen oder gar eine Überprüfung ihrer Richtigkeit ist nicht erforderlich. Die Anordnung der Befugnis zur Urteilsbekanntmachung ist praktisch eine automatische Folge bestimmter Verurteilungen. Damit sind auch die Möglichkeiten für eine Rechtsmittelbeschränkung begrenzt. Es kann sich nur um die Frage handeln, ob die Maßnahme zulässig ist oder nicht. Dies zu prüfen, ist dem Beschwerdegericht möglich, ohne daß es gleichzeitig auf andere Entscheidungselemente einzugehen hätte. Von der Rechtsprechung ist dies - soweit sie sich mit der Frage zu beschäftigen hatte - anerkannt worden (1). Und auch die Wissenschaft teilt, wenngleich ohne nähere Begründung, diesen Standpunkt (2).

Nicht anders sind die Fälle zu beurteilen, in denen die Urteilspublikation nicht auf dem Umweg über eine Ermächtigung des Verletzten, sondern als direkte Folge des Richterspruches geschieht (§§ 285 a StGB, 23 Abs. 1 Unl. Wettbew. Gesetz, 15 Abs. 1 Lebensmittelgesetz). Zwar ist sie ihrer Natur nach dann eine Nebenstrafe und kann außerdem vom Gericht nach Ermessen festgesetzt werden. Das ändert aber nichts an ihrem Verhältnis zur Schuld- oder Straffrage. Als Voraussetzungen sind auch hier lediglich bestimmte Verurteilungen notwendig und ausreichend, ohne daß eigene besondere Gesichtspunkte für die Bekanntmachung erfüllt sein müssen. Nur daß eben der Richter bezüglich der Anordnung dieser

1) Vgl. RG in GA 51/179; BayObLGSt 11, 407.

2) Löwenstein, S. 5; Gage-Sarstedt, S. 48 mit Fußnote 290 unter Hinweis auf ein unveröffentlichtes BGH-Urteil; Erbs, Komm. z. StPO § 318 Anm. VII; KMR, § 344 Anm. 5; - Anderer Meinung, die aber auf grundsätzlicher Gegnerschaft zur Trennbarkeit beruht, Schlager, S. 737; Schneider, S. 92.

Maßnahme einen gewissen Ermessensspielraum hat. Demzufolge kann auch die Rechtsmittelinstanz Zulässigkeit und Angemessenheit der Maßnahme gesondert nachprüfen. Eine Beschränkung auf die Urteilsbekanntmachung wird also in diesen Fällen zu bejahen sein. Jedoch mag es vorkommen, daß der Erstrichter Hauptstrafe und Urteilspublikation aufeinander abgestimmt hat. Schon deshalb, weil die Nebenstrafe der Veröffentlichung den Verurteilten mitunter härter treffen wird als eine etwa verhängte Geldstrafe. Eine derartige Verknüpfung würde allerdings der an sich gegebenen Trennbarkeit im Wege stehen und auch die Hauptstrafe in das Rechtsmittel einbeziehen.

In umgekehrter Richtung wird gegen eine alleinige Anfechtung der Hauptstrafe gleichfalls nichts einzuwenden sein (1). Zwar ist die Hauptstrafe eine notwendige, wenn auch formale Voraussetzung, mit deren Anfechtung auch der Bekanntmachung der Boden entzogen zu sein scheint. Doch darf nicht übersehen werden, daß mit der Rechtskraft des nicht angegriffenen Schuldspruchs eine Bestrafung feststeht und damit als Grundlage für die Veröffentlichung gesichert bleibt. Praktische Gesichtspunkte machen es deshalb vertretbar, auch bei einer ausschließlichen Beanstandung des Strafmaßes die Urteilspublikation unangestastet zu lassen.

3. Die Buße

Zwischen der Bekanntmachungsbefugnis, soweit sie Genugtuung für den Verletzten ist, und der Buße bestehen gewisse wesensgleiche Beziehungen. Während jene eine private Genugtuung persönlicher Art ist, dient diese der materiellen Genugtuung des Verletzten (2). Als solche hat sie nicht den Sinn einer Strafe für den Täter, sondern den einer Entschädigung des von der strafbaren Handlung Betroffenen (3). Ihre Voraussetzung liegt in der Verurteilung wegen bestimmter Delikte. Lediglich in § 188 StGB tritt zu diesem formalen Erfordernis hinzu,

- 1) Abgesehen von den oben genannten Fällen, in denen der Richter Hauptstrafe und Urteilsbekanntmachung unter gegenseitiger Berücksichtigung festgesetzt hat.
- 2) Z. B. in §§ 188, 231 StGB, 14 Geschmacksmustergesetz, 40 Literatururhebergesetz, 35 Kunsturhebergesetz, 50 Patentgesetz, 29 Warenzeichengesetz, 17 Gebrauchsmustergesetz.
- 3) Vgl. RG 40, 295; 48, 333; 55, 188; 60, 12; Olshausen, § 188 Anm. 2; Leipz. Komm. (Jagus), Vorbem. IV 8 b vor § 13; ebenda Nagler-Schäfer, § 188 Anm. I; Schönke-Schröder, Vorbem. IV 3 a vor § 13; Kohlrausch-Lange, Vorbem. B 7 vor § 13, § 188 Anm. I, § 231 Anm. I; Schwarz, Komm. z. StGB § 188 Anm. 1; Maurach, Allg. Teil S. 760; Welzel, S. 200; H. Mayer, S. 399; Sauer, S. 269.

daß die Verstöße gegen §§ 186, 187 StGB nachteilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringen müssen. Außerdem verlangt jede Zuerkennung einer Buße den entsprechenden Antrag des Verletzten. Erst dann kann das Gericht neben der Strafe noch die Nebenfolge der Buße festsetzen.

Mißt man nun daran die Trennbarkeit des Bußausspruchs, so ergeben sich diesbezüglich keine Schwierigkeiten. Um die Voraussetzungen der Buße nachzuprüfen, braucht das Rechtsmittelgericht weder in die Schuld- noch in die Straffrage einzudringen. Dies gilt nicht nur für die überwiegend formalen Erfordernisse, deren Vorhandensein ohne Mühe an dem nicht angegriffenen Teil des Urteils tenors abzulesen ist, sondern auch für das einzige materielle Merkmal in § 188 StGB. Die dort geforderten "nachteiligen Folgen" sind ein zusätzliches Merkmal für die Buße. Die darüber anzustellenden Untersuchungen greifen nicht in den Bereich der Schuldfrage der §§ 186, 187 StGB ein. Die Selbständigkeit des Bußausspruchs wird aber auch daran sichtbar, daß die Entscheidung über ihn in einem besonderen Verfahren, dem Adhäsionsverfahren, fällt (§ 406 Abs. 1 StPO). Damit ergibt sich die Trennbarkeit des Bußausspruchs praktisch aus dem Gesetz selbst. Denn gemäß §§ 406 d Abs. 1, 406 a Abs. 1 StPO kann der Verurteilte die Entscheidung über die Buße auch ohne den strafrechtlichen Teil des Urteils mit den sonst zulässigen Rechtsmitteln anfechten. Daß Praxis und Wissenschaft darüber hinaus eine Beschränkung des Rechtsmittels auf die Buße noch eigens bejaht haben, sei schließlich um der Vollständigkeit willen erwähnt (1).

1) Vgl. RG 44, 294; Eckstein, S. 235; Heslenfeld, S. 307; Löwenstein, S. 5; Schwarz, Komm. z. StPO § 327 Anm. 1 B a; Löwen-Rosenberg (Jagus), § 344 Anm. 4 a 1, Abs.

SECHSTER HAUPTTEIL

Die praktische Durchführung der beschränkten Nachprüfung

Gegenstand der bisherigen Untersuchung war es, Urteilsbestandteile der verschiedensten Art auf ihre mögliche Trennbarkeit zu prüfen. Die vorliegende Arbeit würde jedoch einer gewissen Abrundung entbehren, enthielte sie keine Stellungnahme zu den Fragen, die sich für den Richter als Konsequenz einer Abtrennung ergeben. Es gilt daher, ein Wort zur praktischen Durchführung der beschränkten Nachprüfung zu sagen.

Auf den ersten Blick gesehen, mag sich eine solche Betrachtung erübrigen. Denn mit der Bejahung der Trennbarkeit scheint zunächst alles klar zu sein: Das Rechtsmittelgericht darf lediglich die angefochtenen Teile überprüfen, während die nicht angefochtenen seiner Entscheidungsbefugnis entzogen sind. Und doch birgt dieses begrenzte Prüfungsrecht mitunter nicht ganz einfache Probleme für den Rechtsmittelrichter. Der Einfachheit halber sei dies am Beispiel der abgetrennten Straffrage erläutert.

I. Das beschränkte Nachprüfungsrecht beruht bekanntlich auf doppelter Grundlage: Einmal auf der Teilrechtskraft des nicht angefochtenen Urteilsteils und zum anderen auf dem ausdrücklichen Hinweis in den §§ 327, 352 StGB, wonach dem höheren Gericht eine Prüfung des Ersturteils nur in den Grenzen der Anfechtung erlaubt ist. Damit sind die Möglichkeiten für den Rechtsmittelrichter abgesteckt. Eine alleinige Bekämpfung der Strafzumessung unterstellt ihm nur diese zu neuer Entscheidung, während der Schuldspruch rechtskräftig wird und bestehen bleibt. Seine Rechtskraft begründet ein Prozeßhindernis, das von Amtswegen zu beachten ist (1). Der Schuldspruch ergibt damit die bindende Grundlage, auf der sich die Tätigkeit des Rechtsmittelrichters abwickelt. Bevor dieser in eine neue Verhandlung über die Strafzumessung eintritt, wird er zunächst einmal den rechtskräftigen Schuldspruch betrachten müssen, weil dieser die vorhandene Basis für die weitere Tätigkeit des Rechtsmittelgerichts ist. Mit einer Nachprüfung

1) Vgl. RG 62, 13 (14); 64, 151 (152); neuerdings OLG Hamm in NJW 1954/613; ferner KMR, § 327 Anm. 1 b; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 352 Anm. 2 b.

des Schuldspruchs hat dies nichts zu tun. Aber um zu einer gerechten Beurteilung der Strafzumessung zu kommen, muß der Rechtsmittelrichter zu seiner eigenen Orientierung erst jenes Gebiet überblicken, in dessen Grenzen seine Entscheidungsbefugnis liegt. Erst dann erkennt er den Spielraum, der ihm für eine Neubemessung der Strafe bleibt.

Informiert sich der Rechtsmittelrichter derart über den Umfang der ihm auferlegten Bindungen, so ergibt sich logischerweise die Frage, ob er bei einem in Rechtskraft erwachsenen Schuldspruch nur an den "Schuld-Spruch" selbst gebunden ist oder ob er auch dessen Unterbau, das sind die tatsächlichen Feststellungen und ihre rechtliche Bewertung, hinzunehmen hat. Daß er die Subsumtion als feststehend anerkennen muß, ist selbstverständlich und wiederholt schon betont worden. Die rechtliche Einordnung der Tat ist für das höhere Gericht nicht änderbar, ja nicht einmal nachprüfbar. Dagegen könnte es fraglich sein, ob eine Bindungswirkung auch hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen besteht; also hinsichtlich der Feststellungen, die den Schuldspruch tragen. Gehören diese doch zu den Urteilsgründen. Und Urteilsgründe sind bekanntlich einer Rechtskraft nicht fähig (1). In der Tat hat Beling diese Auffassung ständig vertreten (2). Seiner Ansicht nach ist es dem Rechtsmittelrichter nicht verwehrt, im Rahmen der Strafzumessung die Schuldfeststellungen auch ins Gegenteil abzuändern. Er begründet dies gerade damit, daß die tatsächlichen Feststellungen zu den Entscheidungsgründen gehören und daß diese nicht in Rechtskraft erwachsen können. Außerdem verweist er auf die Tatsache, daß ja auch bei Aburteilung mehrerer Täter in verschiedenen Verfahren, denen aber der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt, gegenteilige Feststellungen immer als zulässig angesehen worden seien. Beling's Ansicht mag in der Begründung einiges für sich haben, sie ist aber jedenfalls im Ergebnis falsch. Es trifft zwar zu, daß Entscheidungsgründe an der Rechtskraft nicht teilnehmen können. Dies bedeutet aber noch nicht, daß damit die Feststellungen zur Schuldfrage keiner Bindung unterliegen. Beling übersieht nämlich, daß die durch die Strafmaßbeschränkung entstandene Bindung an den Schuldspruch nicht allein auf der eingetretenen Teilrechtskraft beruht, sondern auch auf den in §§ 327, 352 StPO ausdrücklich gezogenen Grenzen des Prüfungsrechts. Ist also die Schuldfrage von der Nachprüfung ausgenommen, so ist damit nicht lediglich die rechtliche Qualifizierung des Sachverhalts bindend geworden, sondern ebenso die Feststellungen zum Sachverhalt selbst. Und es

1) Vgl. Mortzfeld, S. 1586.

2) Unter anderem in ZStW 38/639; GA 63/179, 181, 192; Lehrb. S. 339; auch bei Rintelen, S. 323 klingt dieser Gedankengang schon an.

ist deshalb grundsätzlich daran festzuhalten, daß der Schuldspruch mit seinem Unterbau als feststehend akzeptiert werden muß (1).

Dagegen ist das Beschwerdegericht im Rahmen der Strafzumessung von solchen hemmenden Bindungen frei.

II. Die Strafzumessungsfeststellungen des Erstgerichts dürfen ohne weiteres abgeändert und ergänzt werden. Nun ist allerdings in der Praxis eine solche scharfe Trennung zwischen den einzelnen Tatsachen meist nicht möglich. Der Tatrichter hat es bei der Feststellung des Sachverhalts mit dreierlei Gruppen von Tatsachen zu tun: Einmal mit den Tatsachen, die für die Beantwortung der Schuldfrage Bedeutung haben; zum anderen mit solchen, die allein für die Strafzumessung wichtig sind; und schließlich mit Tatumständen, die gleichermaßen Schuld- und Straffrage betreffen, den sogenannten "doppelrelevanten"

- 1) RG in JR 1930 Nr. 580; RG 110 (111); 71, 265; RG in HRR 1938 Nr. 1383; BayObLGSt 1954/159; OLG Köln in NJW 1955/1333 = VRS 9/367; überzeugend Celle in VRS 10/210 = DAR 1956/77 = NdsRPfl 1956/78 und neuerdings BGH in NJW 1957/433; Eckstein, S. 366; Niederreuther in JW 1934/2434; Sarstedt in JR 1955/152; Rödding, S. 1342; KMR, § 327 Anm. 2 c aa. - Eigentümlicherweise findet sich in der Rechtsprechung nirgends eine Begründung dafür, daß bei einem nicht angefochtenen Schuldspruch auch die diesem zugrunde liegenden Tatsachenfeststellungen für das Rechtsmittelgericht bindend sind. Will die Rechtsprechung diese Bindung wirklich für ein Axiom halten, indem sie das als selbstverständlich unterstellt, aber nirgends erklärt, warum dies so ist? In Wirklichkeit ist diese Bindung durchaus nicht selbstverständlich, und Beling's Argument ist ein ernsthafter Einwand. Denn die entstandene Teilrechtskraft kann sich nicht auf tatsächliche Feststellungen erstrecken, weil Tatumstände einer Rechtskraft gar nicht fähig sind. Die Lösung läßt sich m. E. nur aus § 327 StPO gewinnen, der dem Rechtsmittelgericht lediglich die Überprüfung des angefochtenen Entscheidungsteils erlaubt. Ist also allein die Straffrage angegriffen, so dürfen schon wegen § 327 StPO die Schuldfrage (die entstandene Teilrechtskraft des Schuldspruchs einmal beiseite gelassen) und damit auch die zu ihr gehörenden tatsächlichen Feststellungen nicht mehr nachgeprüft werden; sie sind bindend geworden.

Richter bei Behandlung des gleichen Sachverhalts zu gewissen Abweichungen im Ergebnis kommen. Dieses Risiko muß jedoch jede rechtsstaatliche Ordnung auf sich nehmen, solange sie die Unabhängigkeit des Richters bejaht. Es geht aber keinesfalls an, eine negative Begleiterscheinung der Rechtsprechung zur Grundlage zu nehmen und sie auf weitere Fälle auszudehnen. Man kann einen unumgänglichen Mangel nicht als Begründung dafür hernehmen, daß auch andere durchaus vermeidbare Mängel zuzulassen sind. Der von Beling eingeschlagene Weg führt zwangsläufig zu einer Umgehung der Teilrechtskraft. Wenn man die Bindung an den Schuldspruch in seinem vollen Umfang zwar anerkennt, aber gegenteilige Feststellungen im Rahmen der Strafzumessung gestattet, dann wird damit die Rechtskraft des Schuldspruchs eben ausgehöhlt. Er besteht zwar formal noch, ist aber praktisch durch die Begründung zum Strafmaß mehr oder weniger lahmgelegt. Der Beschwerderichter muß es daher hinnehmen, daß er auch im Bereich der seiner Nachprüfung unterstellten Strafzumessung gewissen Beschränkungen unterworfen ist. Diese liegen darin, daß die Feststellungen zum Schuldspruch für ihn nicht nur unabänderlich sind, sondern auch seine Feststellungen zum Strafmaß teilweise vorwegnehmen. Insoweit reichen also die Feststellungen zum Schuldspruch auch in die Strafzumessung hinein.

b) Von diesem Grundsatz wird man aber eine Ausnahme zulassen müssen. Es darf hierbei an das oben bereits Angedeutete erinnert werden; nämlich daß es im Rahmen der Schuldfrage mitunter zweierlei Tatsachenfeststellungen gibt: solche, die den Schuldspruch an sich tragen, ihn untermauern und begründen; und andere, die als zusätzliche Einzelheiten darüber hinausgehen und über das Verhalten des Täters etwas aussagen. Zu den letzteren wird man vor allem diejenigen Tatsachen rechnen müssen, die gelegentlich der Tat in Erscheinung getreten sind, z. B. das Verhalten des Angeklagten vor oder nach der Tat usw. Auf diese Tatumstände gründet sich der Schuldspruch nicht. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb solche Tatsachen aus Anlaß einer neuen Straffragebeantwortung nicht anders festgestellt werden dürfen. Eine Bindung an Feststellungen, auf denen der Schuldspruch ersichtlich gar nicht aufgebaut ist, wäre übertriebener Formalismus. Im Grunde genommen bedeutet dies auch keinen Gegensatz zu der oben unter a) vertretenen Ansicht. Denn dort ist der Widerspruch von Strafzumessungsfeststellungen nur insoweit für unzulässig erachtet worden, als die Feststellungen zum Schuldspruch davon berührt werden. Dies ist auch in verschiedenen Entscheidungen, allerdings nur beiläufig, vermerkt worden (1). In einigen Urteilen aus neuerer

1) Z. B. RG in JR 1930 Nr. 580: "Die Strafzumessung unterliegt in solchen Fällen der freien Beweiswürdigung nur, soweit dadurch die Beurteilung der Schuldfrage nicht berührt wird." - Ähnlich RG 61, 209; RG in HRR 1938 Nr. 1383; BGH in JZ 1951/344 = L.-M. Nr. 1 zu § 354 Abs. 1 StPO; OLG Hamm in JMBINRW 1956/237.

ster Zeit ist jedoch diese unterschiedliche Behandlung von Feststellungen, die im Rahmen der Schuldfrage getroffen worden sind, deutlich herausgehoben (1). Besonders plastisch tritt dies in einem Urteil des Oberlandesgerichts Köln hervor (2), wenn es dort heißt:

"Diese Wirkung (gemeint ist die Bindungswirkung an die Feststellungen zur Schuldfrage) beschränkt sich aber auf diejenigen Feststellungen erster Instanz, die ausschließlich die Schuldfrage betreffen ... Die Rechtskraft ergreift aber nicht weitere Feststellungen erster Instanz, die sich mit vorangegangenen Verhalten des Angeklagten befassen und sich mit seinem Verhalten nach dem Unfall auseinandersetzen. Die tragen nicht den Schuldspruch und sind für die Straffrage verwendet worden. Mit Recht macht die Revision geltend, daß derartige Feststellungen von der Berufungsinstanz nicht aus dem erstinstanzlichen Urteil hätten übernommen werden dürfen, sondern daß es insoweit einer selbständigen Feststellung der Strafkammer auf Grund von Beweiserhebungen bedurft hätte."

Soweit diese Entscheidungen im neuesten Schrifttum Erwähnung finden, werden sie ausdrücklich gebilligt (3). Diese Auffassung steht mit der bereits genannten jüngsten Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht in Widerspruch (4). Der IV. Strafsenat hat die hier interessierende Frage in seinem Urteil ausdrücklich gestreift, ihre Beantwortung aber dahingestellt gelassen, weil es in dem ihm unterbreiteten Fall nicht darauf ankam. - Damit ist dem Berufungsrichter eine Lücke geöffnet, die es ihm mit Rücksicht auf eine gerechte Strafbemessung ermöglicht, Feststellungen zu treffen, die von denen zur Schuldfrage abweichen (5). Wollte man das Gegenteil annehmen, so wäre der Berufungsrichter oftmals ohne zwingenden Grund in einem solchen Maße gehemmt und eingeschränkt, daß eine Neuprüfung der Strafzumessung praktisch nicht mehr durchgeführt werden könnte. Eine gänzlich widerspruchslose Deckung der Schuld- und Straffragefeststellungen stellt zwar den Idealfall dar, wird aber in der Praxis nur schwer zu erreichen sein.

1) Vgl. OLG Hamm in VRS 8/310; OLG Köln in NJW 1955/1333 = VRS 9/367; BayObLGSt 1954/162 (167) = NJW 1955/353 = DAR 1955/41 = VRS 8/122 unter ee.

2) a. a. O.

3) Vgl. Weigelt, S. 73; Rödding, S. 1342.

4) BGH in NJW 1957/433.

5) Auch Dallinger-Lackner, § 30 Anm. 14, 15 lassen sich von solchen Gedankengängen leiten, wenngleich sie dabei vornehmlich das Jugendstrafrecht im Auge haben.

Richter bei Behandlung des gleichen Sachverhalts zu gewissen Abweichungen im Ergebnis kommen. Dieses Risiko muß jedoch jede rechtsstaatliche Ordnung auf sich nehmen, solange sie die Unabhängigkeit des Richters bejaht. Es geht aber keinesfalls an, eine negative Begleiterscheinung der Rechtsprechung zur Grundlage zu nehmen und sie auf weitere Fälle auszudehnen. Man kann einen unumgänglichen Mangel nicht als Begründung dafür hemeihen, daß auch andere durchaus vermeidbare Mängel zuzulassen sind. Der von Beling eingeschlagene Weg führt zwangsläufig zu einer Umgehung der Teilrechtskraft. Wenn man die Bindung an den Schuldspruch in seinem vollen Umfang zwar anerkennt, aber genteilige Feststellungen im Rahmen der Strafzumessung gestattet, dann wird damit die Rechtskraft des Schuldspruchs eben ausgehöhlt. Er besteht zwar formal noch, ist aber praktisch durch die Begründung zum Strafmaß mehr oder weniger lahmgelegt. Der Beschwerderichter muß es daher hinnehmen, daß er auch im Bereich der seiner Nachprüfung unterstellten Strafzumessung gewissen Beschränkungen unterworfen ist. Diese liegen darin, daß die Feststellungen zum Schuldspruch für ihn nicht nur unabänderlich sind, sondern auch seine Feststellungen zum Strafmaß teilweise vorwegnehmen. Insoweit reichen also die Feststellungen zum Schuldspruch auch in die Strafzumessung hinein.

b) Von diesem Grundsatz wird man aber eine Ausnahme zulassen müssen. Es darf hierbei an das oben bereits Angedeutete erinnert werden; nämlich daß es im Rahmen der Schuldfrage mitunter zweierlei Tatsachenfeststellungen gibt: solche, die den Schuldspruch an sich tragen, ihn untermauern und begründen; und andere, die als zusätzliche Einzelheiten darüber hinausgehen und über das Verhalten des Täters etwas aussagen. Zu den letzteren wird man vor allem diejenigen Tatsachen rechnen müssen, die gelegentlich der Tat in Erscheinung getreten sind, z. B. das Verhalten des Angeklagten vor oder nach der Tat usw. Auf diese Tatumstände gründet sich der Schuldspruch nicht. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb solche Tatsachen aus Anlaß einer neuen Straffragebeantwortung nicht anders festgestellt werden dürfen. Eine Bindung an Feststellungen, auf denen der Schuldspruch ersichtlich gar nicht aufgebaut ist, wäre übertriebener Formalismus. Im Grunde genommen bedeutet dies auch keinen Gegensatz zu der oben unter a) vertretenen Ansicht. Denn dort ist der Widerspruch von Strafzumessungsfeststellungen nur insoweit für unzulässig erachtet worden, als die Feststellungen zum Schuldspruch davon berührt werden. Dies ist auch in verschiedenen Entscheidungen, allerdings nur beiläufig, vermerkt worden (1). In einigen Urteilen aus neuerer

1) Z. B. RG in JR 1930 Nr. 580: "Die Strafzumessung unterliegt in solchen Fällen der freien Beweismwürdigung nur, soweit dadurch die Beurteilung der Schuldfrage nicht berührt wird." - Ähnlich RG 61, 209; RG in HRR 1938 Nr. 1383; BGH in JZ 1951/344 = L. -M. Nr. 1 zu § 354 Abs. 1 StPO; OLG Hamm in JMBINRW 1956/237.

ster Zeit ist jedoch diese unterschiedliche Behandlung von Feststellungen, die im Rahmen der Schuldfrage getroffen worden sind, deutlich herausgehoben (1). Besonders plastisch tritt dies in einem Urteil des Oberlandesgerichts Köln hervor (2), wenn es dort heißt:

"Diese Wirkung (gemeint ist die Bindungswirkung an die Feststellungen zur Schuldfrage) beschränkt sich aber auf diejenigen Feststellungen erster Instanz, die ausschließlich die Schuldfrage betreffen ... Die Rechtskraft ergreift aber nicht weitere Feststellungen erster Instanz, die sich mit vorangegangenen Verhalten des Angeklagten befassen und sich mit seinem Verhalten nach dem Unfall auseinandersetzen. Die tragen nicht den Schuldspruch und sind für die Straffrage verwendet worden. Mit Recht macht die Revision geltend, daß derartige Feststellungen von der Berufungsinstanz nicht aus dem erstinstanzlichen Urteil hätten übernommen werden dürfen, sondern daß es insoweit einer selbständigen Feststellung der Strafkammer auf Grund von Beweiserhebungen bedurft hätte."

Soweit diese Entscheidungen im neuesten Schrifttum Erwähnung finden, werden sie ausdrücklich gebilligt (3). Diese Auffassung steht mit der bereits genannten jüngsten Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht in Widerspruch (4). Der IV. Strafsenat hat die hier interessierende Frage in seinem Urteil ausdrücklich gestreift, ihre Beantwortung aber dahingestellt gelassen, weil es in dem ihm unterbreiteten Fall nicht darauf ankam. - Damit ist dem Berufungsrichter eine Lücke geöffnet, die es ihm mit Rücksicht auf eine gerechte Strafbemessung ermöglicht, Feststellungen zu treffen, die von denen zur Schuldfrage abweichen (5). Wollte man das Gegenteil annehmen, so wäre der Berufungsrichter oftmals ohne zwingenden Grund in einem solchen Maße gehemmt und eingeschränkt, daß eine Neuprüfung der Strafzumessung praktisch nicht mehr durchgeführt werden könnte. Eine gänzlich widerspruchslöse Deckung der Schuld- und Straffragefeststellungen stellt zwar den Idealfall dar, wird aber in der Praxis nur schwer zu erreichen sein.

1) Vgl. OLG Hamm in VRS 8/310; OLG Köln in NJW 1955/1333 = VRS 9/367; BayObLGSt 1954/162 (167) = NJW 1955/353 = DAR 1955/41 = VRS 8/122 unter ee.

2) a. a. O.

3) Vgl. Weigelt, S. 73; Rödding, S. 1342.

4) BGH in NJW 1957/433.

5) Auch Dallinger-Lackner, § 30 Anm. 14, 15 lassen sich von solchen Gedankengängen leiten, wenngleich sie dabei vornehmlich das Jugendstrafrecht im Auge haben.

2. Macht man sich diesen Grundsatz zu eigen, so ist die Behandlung der sogenannten doppelrelevanten Tatsachen nicht mehr schwierig. Während Beling (1) auch in diesem Falle konsequent an seiner Auffassung festhält und eine unterschiedliche Behandlung dieser Tatumstände in Schuld- und Straffrage zuläßt, kann nach der hier vertretenen Ansicht nur eine gleiche Würdigung dieser Tatsachen in beiden Entscheidungsteilen möglich sein. Der Berufungsrichter muß solche Feststellungen, so wie sie für die Beantwortung der Schuldfrage getroffen sind, in die Strafzumessung hinübernehmen. Er darf sie nicht auf ihre Richtigkeit nachprüfen oder ändern (2). Allerdings steht ihm die Möglichkeit offen, diese Feststellungen zu ergänzen; aber nur im Hinblick auf das Strafmaß. Und auch dann dürfen diese Ergänzungen nicht in Widerspruch zur Schuldfrage geraten. Der Meinung des Oberlandesgerichts Köln (3), daß der Berufungsrichter völlig frei sei, aus dem früheren Urteil das an Zumessungstatsachen zu übernehmen, von dessen Richtigkeit und Vollständigkeit er überzeugt sei, und andererseits das neu aufzuklären und festzustellen, was nach seiner Überzeugung dessen bedürfe, kann nicht beigetreten werden. Das Oberlandesgericht sieht keinen Weg zur Unterscheidung, welche dieser doppelrelevanten Tatsachen als bindend übernommen werden müssen und welche neu geprüft werden dürfen. Um eine Zerreißung dieser für beide Teile beachtlichen Tatsachen zu vermeiden, räumt es dem Berufungsrichter das Recht ein, selbst zu wählen, was er übernehmen will und was nicht. Das Gericht gibt der Relevanz für die Straffrage den Vorzug. Das Oberlandesgericht muß bei seiner Ansicht in Kauf nehmen, daß die für die Schuld- und Straffrage gleich beachtlichen Feststellungen sich in beiden Entscheidungsteilen widersprechen. Gerade das kann aber im Interesse der Einheitlichkeit der Entscheidung nicht hingenommen werden. Ist eine Tatsache sowohl für den Schuld- als auch für den Straatausspruch erheblich, dann muß sie so verwertet werden, wie sie als Grundlage des Schuldspruchs festgestellt worden ist. Nur auf diesem Wege lassen sich Gegensätze vermeiden. Und nur auf diesem Wege wird verhindert, daß die Strafzumessung die Grundlagen des Schuldspruchs untergräbt. Damit werden auch Spengel's (4) - allerdings in anderem Zusammenhang - vorgebrachte Bedenken zerstreut, der sich gegen eine "Zerreißung" einheitlicher Lebensvorgänge wehrt.

1) A. a. O. und ihm folgend Lissner in JW 1931/2831 als Urteilsanmerkung zu RG JW 1931/2831 Nr. 53.

2) So schon RG 42, 241 (243); neuestens auch BGH 7, 283 = NJW 1955/917; ferner Eckstein, S. 366, 367.

3) In NJW 1953/356.

4) ZStW 67/566.

Als jüngste Stellungnahme zu diesem Problem verdient noch ein Aufsatz von Mortzfeld (1) Beachtung. Er glaubt, eine Patentlösung gefunden zu haben, mit der die Bindung an die Feststellungen des unteren Gerichts zu umgehen ist. Dazu schlägt er vor, den Grad der Beschränkung bei tatsächlicher Aufklärung in der Rechtsmittelinstanz in die Hand des Beschwerdeführers zu legen. Richtig verstanden heißt das also, daß der Rechtsmittelführer bestimmen soll, welche doppelrelevanten Tatsachen das Berufungsgericht neu aufzuklären hat und welche nicht. Zur Begründung bezieht sich Mortzfeld auf den anerkannten Satz, daß der Umfang einer Anfechtung vom Willen des Rechtsmittelführers abhängt. Dabei übersieht er aber einen Gesichtspunkt, auf den schon oben Seite 5 hingewiesen ist: Nämlich, daß sich die beschränkte Anfechtung nur gegen Teile des Urteilstenors richten kann. Nur in dieser Richtung hat der Appellant die Freiheit, einzelne Teile (ihre Trennbarkeit unterstellt) anzufechten und andere von dieser Anfechtung auszunehmen. Nicht aber darf er aus den Entscheidungsgründen einzelne Partien herausnehmen und nur diese bekämpfen. Daß festgestellte Tatumstände, gleich welcher Art, ihren Platz in den Urteilsgründen haben, steht außer Streit. Außerdem vermag Mortzfeld gar keine echte Lösung vorzutragen. Denn er räumt selbst ein, daß auch nach seinem Vorschlag Widersprüche zwischen den Feststellungen zur Schuldfrage und denen zur Straffrage entstehen können; doch nimmt er diese in Kauf. Daß nach seiner Auffassung ein solcher Gegensatz lediglich einen Schönheitsfehler darstellt und das Ansehen der Justiz nicht schädigt, bleibt Ansichtssache. Seine Behauptung, daß durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs im 7. Bande Seite 283 der Angeklagte gezwungen werde, das ganze Urteil anzufechten und gegen seine bessere Überzeugung auch den Schuldspruch anzugreifen, um eine böse Überraschung bei Prüfung der Strafzumessung zu vermeiden, überzeugt nicht. Der in BGH 7, 283 vertretene Standpunkt ist keine Neuschöpfung des Bundesgerichtshofs, wie Mortzfeld anscheinend glaubt. Schon das Reichsgericht hat in zahlreichen früheren Entscheidungen (2), die zum Teil zwanzig und dreißig Jahre zurückliegen, diese Ansicht gebilligt. Sie hat weder zu den von Mortzfeld befürchteten Folgen geführt noch der Teilanfechtung irgendwie Abbruch getan.

Freilich wird durch den hier vertretenen Standpunkt der Prüfungsbereich des Rechtsmittelrichters im Rahmen der Strafzumessung noch weiter eingeschränkt.

1) NJW 1956/1586.

2) Vgl. die Nachweise auf Seite 201, Anmerkung 3.

Man sieht, die Freiheit, die dem Berufungsgericht zur Festsetzung der Strafhöhe eingeräumt wird, ist manchmal nur eine scheinbare. Mitunter reicht der Arm der nicht angefochtenen Schuldfrage weit und verkleinert die Plattform für eine Strafzumessung. Das ändert aber nichts an der Richtigkeit dieser Ansicht. Es zwingt nur den Verteidiger, bei Teilanfechtungen größte Vorsicht zu üben und eine genaueste Prüfung der Sachlage vorzunehmen. Bei Rechtsmittelbeschränkungen des Verurteilten selbst müssen dessen Willenserklärungen ohnedies weit-herzig ausgelegt werden; schon mit Rücksicht auf die für einen Laien kaum übersehbaren Folgen.

3. Das somit gewonnene Ergebnis dieses Abschnitts läßt sich nunmehr in folgenden Thesen zusammenfassen:

1. Tatsächliche Feststellungen, die nur den Schuldspruch betreffen, sind für das Rechtsmittelgericht bindend.
2. Tatsächliche Feststellungen, die nur für die Straffrage von Bedeutung sind, kann das Rechtsmittelgericht jederzeit abändern oder neu treffen.
3. Diese Feststellungen dürfen aber nicht in Gegensatz zu denjenigen im Bereich der Schuldfrage treten; mit Ausnahme von solchen Feststellungen zur Schuldfrage, die den Schuldspruch selbst nicht tragen und begründen.
4. Doppelrelevante tatsächliche Feststellungen müssen so, wie sie für den Schuldspruch getroffen sind, auch zur Bemessung der Strafhöhe übernommen werden. Sie dürfen zwar ergänzt und unter Umständen auch neu festgestellt werden, aber nur insoweit, als sich daraus keine Widersprüche zur Schuldfrage ergeben.

Die hier aufgestellten Grundsätze gelten nicht nur im Verhältnis von Schuld- und Straffrage, sondern können auf die gesonderte Anfechtung anderer Urteile übertragen werden (1).

1) Vgl. z. B. BGH in NJW 1956/1607 = L. -M. Nr. 30 zu § 23 StGB; OLG Hamm in JMBINRW 1956/237.

SCHLUSSBETRACHTUNG

Die vorliegende Arbeit tritt für eine wirksame Rechtsmittelbeschränkung in weitem Ausmaße ein. Von der Schuldfrage und ihren Grundlagen abgesehen, werden fast sämtliche Entscheidungsteile als abtrennbar anerkannt. Andererseits dünkt dem Verfasser die durch eine solche Trennung hervorgerufene Rechtskraft des nicht angefochtenen Entscheidungsteils so schwerwiegend, daß ihre Durchbrechung nur in engen Grenzen zugestanden werden kann, selbst wenn es dabei zu ungerechten Ergebnissen kommt.

Mögen die hier vorgetragenen Ansichten mitunter auch starr und doktrinär anmuten, so lassen sich auf dem Boden des geltenden Rechts doch schwerlich andere Ergebnisse gewinnen. Es sei denn, man opfert das festgefügte Gebäude der Rechtskraft um den Preis der Gerechtigkeit. Sicherlich ist die Erlangung der materiellen Wahrheit einen hohen Preis wert. Aber ob man ihr wegen einiger verhältnismäßig seltener Ausnahmefälle den Vorzug vor der Rechtssicherheit geben darf, begegnet fast unüberwindlichen Bedenken; vollends, solange das Gesetz nicht die geringste Handhabe dafür bietet. Einbrüche in die Rechtssicherheit, die vom Gesetz nicht fest umrissen sind, schaden dem Gefüge einer rechtsstaatlichen Ordnung meist mehr als vereinzelte ungerechte Entscheidungen. Werden solche Einbrüche einmal zugelassen, so wächst die Gefahr ihrer Ausweitung. Nur noch wenige Schritte weiter und der feste Boden beginnt zu schwinden. Schließlich sollte auch nicht übersehen werden, daß ein Teil der durch die Teilrechtskraft entstandenen Ungerechtigkeiten auf dem Wege über ein Wiederaufnahmeverfahren korrigiert werden kann. Bei den übrigen Fällen muß, wenn auch schweren Herzens, die Verletzung der Gerechtigkeit in Kauf genommen werden. Eine befriedigende Lösung ist nur de lege ferenda möglich. Die Gedankengänge v. Hippel's, Eb. Schmidt's und Peters, denen zwar nach geltendem Recht nicht beige-pflichtet werden kann, dürften sich hier zweifellos als fruchtbar erweisen. Nämlich:

- a) Wirksamkeit der Rechtsmittelbeschränkung und der dadurch eingetretenen Bindung nur unter der auflösenden Bedingung, daß der angefochtene Entscheidungsteil ohne Eingriff in die nicht beanstandeten Teile wahrheitsgemäß neu entschieden werden kann.

- b) Befugnis des Rechtsmittelgerichts, Fehler im nicht bekämpften Entscheidungsteil trotz Rechtsmittelbeschränkung und eingetretener Bindung korrigieren zu dürfen.

Erste Voraussetzung einer solchen Lösung, die jeglichen Verstoß gegen die Gerechtigkeit meiden will, wäre aber, daß der Gesetzgeber ausdrücklich eine Rechtskraftfähigkeit einzelner Urteilsteile ausschließt. Mit anderen Worten, sobald ein Urteil partiell angefochten wird, kann überhaupt keine Rechtskraft eintreten; auch nicht hinsichtlich des unangefochtenen Entscheidungsteils. Es müßte nur noch für den gesamten Urteilsspruch Rechtskraft eintreten können. Also praktisch ein gesetzlich verankertes Verbot der Teilrechtskraft schlechthin. - Denn solange eine wirksame Rechtsmittelbeschränkung die Entstehung der Teilrechtskraft im Gefolge hat, läßt sich die Forderung nach Gerechtigkeit nie restlos erfüllen.

Lebenslauf

Am 24. April 1928 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Emil Mezger und seiner Ehefrau Eleonore Mezger in Ulm/Donau geboren. Im Jahre 1930 übersiedelten meine Eltern nach Neu-Ulm. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule in Neu-Ulm trat ich im Frühjahr 1938 in das Humanistische Gymnasium Ulm ein. Während des Jahres 1944 absolvierte ich einen einjährigen Dienst als Luftwaffenhelfer. Den im Zuge der letzten Kriegsereignisse unterbrochenen Schulunterricht konnte ich im November 1945 wieder aufnehmen und im Sommer 1946 nach bestandener Reifeprüfung beenden.

Mein juristisches Studium begann ich im Sommer 1947 an der Philosophisch-Theologischen Hochschule Dillingen. Nachdem ich dort ein Semester gehört hatte, zwang mich die Einstellung der juristischen Vorlesungen an dieser Hochschule zur Unterbrechung meines Studiums. Die damalige Überfüllung der Universitäten gestattete es mir erst im Herbst 1948, meine juristische Ausbildung an der Universität Erlangen fortzusetzen. Nach dem dritten Semester wechselte ich zur Universität München über und legte dort nach insgesamt sechs Semestern im Herbst 1951 die erste juristische Staatsprüfung ab.

Mit Wirkung vom 25. Mai 1952 wurde ich als Rechtsreferendar in den Vorbereitungsdienst aufgenommen, den ich ohne Unterbrechung dreieinhalb Jahre lang durchlief. Am 11. Mai 1956 schloß ich meinen Vorbereitungsdienst mit der zweiten juristischen Staatsprüfung ab.

Seit Herbst 1957 bin ich als Rechtsanwalt in München tätig.



